Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

BERNHARD F. MEYER
von Kilchberg (ZH) und Reinach (AG)

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1979
SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

BERNHARD F. MEYER
von Kilchberg (ZH) und Reinach (AG)

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

1979
SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 22. November 1978

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Druck: Juris Druck Zürich
© Copyright 1979 by Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich
ISBN 3 7255 1956 0

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1 Vorwort 1

Erster Teil: ALLGEMEINE GRUNDLAGEN

§ 2 Wesen und Aufgabe der Zwangsvollstreckung 5

I. Grundsätzliches 5

II. Betreibung für Geld- und Sicherheitsleistungen 6

§ 3 Die Rechtsöffnung 8

I. Zielsetzung, Arten und Ausgestaltung 8

II. Verfahren 9

III. Die Rechtsöffnungstitel 11

A. Vorbemerkungen 11
B. Definitive Rechtsöffnungstitel 12
C. Provisorische Rechtsöffnungstitel 14
a. Oeffentliche Urkunden 14
b. Private Urkunden 16
c. Schuldanerkennung 17
1. Begriff 17
2. Arten 20

IV. Rechtsöffnung ohne Rechtsöffnungstitel für gewisse Nebenforderungen der Hauptschuld 21

V. Abwehrmöglichkeiten des Schuldners 23

A. Prozessuale Einwendungen 23
B. Bestreitung der betreibungsrechtlichen Voraussetzungen 26
C. Materielle Einwendungen 27
a. Bei definitiven Rechtsöffnungstiteln 27
b. Bei provisorischen Rechtsöffnungstiteln 30
1. Begriff des Glaubhaftmachens 31
2. Beweisbeschränkungen 31

§ 4 Der zweiseitige (synallagmatische) Schuldvertrag 34

I. Begriff 34

A. Der Schuldvertrag 34
B. Der zweiseitige Schuldvertrag 34

II. Arten zweiseitiger Schuldverträge im einzelnen 36

A. Contractus bilaterales inaequales 36
B. Contractus bilaterales aequales 37

III. Materielle und zivilprozessuale Auswirkungen des Synallagma 39

A. Im allgemeinen 39
B. Das funktionelle Synallagma im besonderen 40
a. Verzugs- und Schadenersatzregelung 40
b. Zivilprozessuale Einredemöglichkeiten 41
1. Bei Leistungspflicht Zug um Zug oder Vorleistungspflicht des fordernden Gläubigers: die exceptio non adimpleti contractus 42
2. Bei Vorleistungspflicht des Beklagten 45

§ 5 Betreibungsrechtliche Folgen der Zweiseitigkeit synallagmatischer Verträge 47

I. Problemstellung 47

II. Nichtbeachtung des Grundsatzes im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz 47

III. Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung 48

A. Allgemeines 48
B. Die "Basler Rechtsöffnungspraxis" bei zweiseitigen Verträgen 50

IV. Kritik 52

V. Lösungsversuch 53

A. Entscheidungskriterien 53
a. Vorbemerkungen 53
b. Die Abwehrmöglichkeiten im allgemeinen und der Begriff der Titelqualität 54
c. Titelqualität des Vertrages bei Leistungspflicht Zug um Zug oder Vorleistungspflicht des fordernden Gläubigers 55
1. Nachweis der eigenen Leistung 55
1.1. Durch Beweis der Vorleistung 55
1.2. Durch Beweis der Hinterlegung 55
1.3. Beweisrechtliche Probleme 57
2. Absenz von Erfüllungsmängeln 58
2.1. Allgemeine Beweisregel 58
2.2. Besondere Beweisregeln bei gesetzlichen oder übungsgemässen Prüfungs- und Rügepflichten 60
d. Titelqualität des Vertrages bei Vorleistungspflicht des Betriebenen 61

B. Die exceptio non adimpleti contractus im Unterschied zur Einrede der fehlenden Titelqualität 62

Zweiter Teil: DIE EINZELEN VERTRAGSARTEN ALS TITEL FUER DIE RECHTSOEFFNUNG

§ 6 Umsatz- und Veräusserungsverträge 65

I. Kaufverträge 65

A. Allgemeines 65
B. Fahrniskaufverträge 66
a. Begriff 66
b. Titelqualität 66
1. Nachweis der eigenen Leistung 66
2. Absenz von Erfüllungsmängeln 67
c. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 69
C. Grundstückkaufverträge 69
a. Begriff 69
b. Titelqualität 69
1. Nachweis der eigenen Leistung 69
2. Absenz von Erfüllungsmängeln 70
c. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 70
D. Besondere Arten des Kaufs 72
a. Kauf nach Muster 72
1. Begriff 72
2. Titelqualität 73
2.1. Nachweis der eigenen Leistung 73
2.2. Absenz von Erfüllungsmängeln 73
3. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 73
b. Kauf auf Probe oder auf Besicht 74
1. Begriff und rechtliche Bedeutung 74
2. Titelqualität 74
2.1. Nachweis der eigenen Leistung und des Eintritts der Bedingung 74
2.2. Absenz von Erfüllungsmängeln 75
3. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 75

II. Tauschverträge 76

§ 7 Teilzahlungsverträge 77

I. Der Kauf auf Abzahlung 77

A. Begriff 77
B. Titelqualität 78
C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 78
a. Einreden infolge von Formfehlern 79
b. Einreden infolge von Inhaltsfehlern 80
c. Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes 82

II. Uebrige Abzahlungsverträge 85

A. Der Begriff des Abzahlungsvertrages 85
a. Der erweiterte Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes durch Art. 226m Abs. 1 OR 85

1. Der herkömmliche Abzahlungsvertragsbegriff: Kaufsabhängige Begriffsbildung 86
2. Echte Analogietheorie: Kaufsunabhängige Begriffsbildung 88
3. Abzahlungsvertragstheorie: Geldleistungsabhängige Begriffsbildung 88
4. Würdigung der Theorien und Einschränkungen der Abzahlungsvertragstheorie 91
b. Abzahlungsverdächtige Indizien; die Bedeutung der Veräusserungsabsicht für die Subsumtion als Abzahlungsvertrag 95
B. Vertragstypen und Abgrenzungsfragen 96
a. Miet- und Mietkaufverträge 96
b. Leasingverträge 101
1. Echte und unechte Leasingverträge 101
2. Leasingverträge im engeren Sinn (indirektes Leasing) 101
2.1. Begriff 101
2.2. Rechtsnatur und Unterstellung unter das Abzahlungsgesetz 103
3. Leasingverträge im weiteren Sinn (direktes Leasing) 106
3.1. Begriff 106
3.2. Rechtsnatur und Unterstellung unter das Abzahlungsgesetz 106
4. Besondere Bemerkungen zu einzelnen Leasingarten 107
4.1. Investitionsgüter Leasingverträge 107
4.2. Konsumgüter Leasingverträge 108
4.3. Kombinierte Sach- und Dienstleistungs-Leasingverträge 109
4.4. Fahrzeug Leasingverträge 111
c. Sukzessivlieferungsverträge 111
d. Fernkursverträge 112
1. Ausgangslage 112
2. Begriff und Rechtsnatur 113
2.1. Erste Hauptansicht: Fernkursvertrag als Abzahlungskaufvertrag 114
2.2. Zweite Hauptansicht: Fernkursvertrag als Auftrag 117
2.3. Die kasuistisch-wertende Methode 118
2.4. Fernkursvertrag als Vertragskoppelung 119
2.5. Fernkursvertrag als kreditierte Leistung mit periodischer Zahlungspflicht (Abzahlungsvertragstheorie) 119
2.6. Würdigung 120
e. Unterrichtsverträge 123
f. Vom Abzahlungsgesetz erfasste Darlehensverträge und Teilzahlungsdarlehen 126
C. Titelqualität von Abzahlungsverträgen 129
D. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 129

III. Vorauszahlungsverträge 130

A. Allgemeine Bemerkungen zum Begriff des "Vorauszahlungsvertrags" 130
B. Begriffsbestimmungen 131
a. Der Vorauszahlungskaufvertrag 131
b. Der Sparkaufvertrag 132
C. Titelqualität von Vorauszahlungsverträgen 133
a. Des Vorauszahlungskaufvertrages 133
b. Des Sparkaufvertrages 133
D. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 134

§ 8 Verträge auf Gebrauchsüberlassung 136

I. Miet- und Pachtverträge 136

A. Mietverträge 136
a. Begriff und allgemeine rechtsöffnungsrechtliche Probleme 136
b. Titelqualität 138
1. Nachweis der eigenen Leistung 139
2. Absenz von Erfüllungsmängeln 140
c. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 141
B. Pachtverträge 142
a. Begriff 142
b. Titelqualität 143
b. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 144

II. Lizenzverträge 145

A. Begriff und Rechtsnatur 145
B. Titelqualität 147
a. Nachweis der eigenen Leistung 147
b. Absenz von Erfüllungsmängeln 148
C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 150

III. Darlehensverträge 151

A. Begriff 151
B. Titelqualität 151
a. Titelqualität von Verträgen über unverzinsliche Darlehen 152
1. Für die Auszahlung der Darlehensvaluta an den Borger 152
2. Für die Rückzahlung der Darlehensvaluta an den Darleiher 153
b. Titelqualität von Verträgen über verzinsliche Darlehen 153
1. Für die Auszahlung der Darlehensvaluta an den Borger 154
2. Für Zinsen und Rückzahlung der Darlehensvaluta an den Darleiher 155
C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 155

IV. Darlehenähnliche Geschäfte 157

A. Kleinkreditdarlehen 157
a. Begriff 157
b. Titelqualität 158
1. Mit Bezug auf die Auszahlung der Darlehensvaluta 158
2. Mit Bezug auf Zinsen und Darlehensrückzahlungen 158
2.1. Allgemeines 158
2.2. Titelqualität bei Aufrechterhaltung des Kleinkreditdarlehens 160
2.3. Titelqualität bei Gesamtverfall 160
c. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 162
B. Darlehens- Krediteröffnungsverträge 163
a. Begriff 163
b. Titelqualität 164
1. Zu Gunsten des Kreditnehmers für die Auszahlung des Kreditbetrages 164
2. Zu Gunsten des Kreditgebers für die Zahlung von Zinsen und Provisionen sowie für die Rückzahlung des Kredits 164
c. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 165

§ 9 Verträge auf Arbeitsleistung 167

I. Arbeitsverträge 167
A. Begriff 167
B. Rechtsöffnung zu Gunsten des Arbeitnehmers 168
a. Titelqualität 168
1. Nachweis der eigenen Leistung 168
2. Absenz von Erfüllungsmängeln 168
b. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 169
C. Rechtsöffnung zu Gunsten des Arbeitgebers 171
a. Für die Entschädigung nach Art. 337d OR 171
1. Gesetzliche Regelung und rechtsöffnungsrechtliche Voraussetzungen 171
2. Die Herabsetzung der Entschädigung durch den Richter als Einrede im Rechtsöffnungsprozess 172
b. Für ein durch Konventionalstrafe geschütztes Konkurrenzverbot 173

II. Werkverträge 174

A. Begriff 174
B. Titelqualität 175
a. Nachweis der eigenen Leistung 175
b. Absenz von Erfüllungsmängeln 177
C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 177

III. Verlagsverträge 178

A. Begriff 178
B. Titelqualität 179
a. Nachweis der eigenen Leistung 179
b. Absenz von Erfüllungsmängeln 180
C. Andere Abwehrmöglichkeiten 181

IV. Aufträge 182

A. Begriff 182
B. Rechtsöffnung zu Gunsten des Beauftragten 183
a. Für das Honorar 183
1. Titelqualität 183
1.1. Nachweis der eigenen Leistung 183
1.2. Absenz von Erfüllungsmängeln 183
2. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 184
b. Für Ersatz von Auslagen und Verwendungen 185
C. Rechtsöffnung zu Gunsten des Auftraggebers 186

V. Besondere Dienstleistungsverträge 187

A. Hinterlegungsverträge 187
a. Begriff 187
b. Rechtsöffnung zu Gunsten des Aufbewahrers für Vergütung und Auslagenersatz 188
c. Rechtsöffnung zu Gunsten des Hinterlegers für die Rückzahlung eines irregulären Depots 189
B. Kommissionsaufträge 190
a. Begriff 190
b. Rechtsöffnung zu Gunsten des Kommissionärs 191
1. Für Kommissionsgebühren (Provisionen) 191
1.1. Titelqualität 192
1.1.1. Nachweis der eigenen Leistung 192
1.1.2. Absenz von Erfüllungsmängeln 193
1.2. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 194
2. Für Vorschüsse (an Dritte), Auslagen und Verwendungen 194
c. Rechtsöffnung zu Gunsten des Kommittenten bei Verkaufskommission 195
C. Fracht- und Speditionsverträge 195
a. Vorbemerkung 195
b. Begriffe 196
c. Rechtsöffnungsprobleme 197
D. Mäklerverträge 198
a. Begriff und Rechtsnatur 198
b. Voraussetzungen der Rechtsöffnung für den Mäklerlohn 201
1. Eintritt der aleatorischen Bedingung: Zustandekommens des Hauptvertrages 201
2. Titelqualität 203
2.1. Nachweis der eigenen Leistung 203
2.2. Absenz von Erfüllungsmängeln 203
3. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 204

c. Voraussetzungen der Rechtsöffnung für Auslagenersatz 206
E. Agenturverträge 207
a. Begriff 207
b. Rechtsöffnungsprobleme 207
1. Voraussetzungen der Rechtsöffnung für Agentenprovisionen 209
2. Voraussetzungen der Rechtsöffnung für Auslagenersatz 211

§ 10 Unterhalts- und Versicherungsverträge 212
I. Leibrenten- und Verpfründungsverträge 212
A. Begriff 212
B. Titelqualität 213
a. Rechtsöffnung für die Hingabe des Renten- oder Verpfründungsvermögens an den Rentenschuldner oder Pfrundgeber 213
b. Rechtsöffnung für periodische Renten- oder Unterhaltszahlungen an den Rentner oder Pfründer 214
C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 214
II. Versicherungsverträge 215
A. Begriff 215
B. Rechtsöffnung zu Gunsten des Versicherers (Prämienforderungen) 216
a. Titelqualität 216
b. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 217
C. Rechtsöffnung zu Gunsten des Versicherungsnehmers (Auszahlung der Versicherungssumme) 220
a. Nachweis des Versicherungsfalles 221
b. Titelqualität 221
c. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG 222

§ 11 Konventionalstrafen 224
I. Begriff 224
II. Verträge mit Konventionalstrafenklauseln als Titel für die Rechtsöffnung 225
A. Voraussetzungen der Rechtsöffnung 225
B. Spezielle Abwehrmöglichkeiten 226

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
a. M.	anderer Meinung
Amtsbericht	Amtsbericht des Obergerichts an den Landrat des Kantons Basellandschaft
Anm.	Anmerkung
aOR	altes Obligationenrecht
Archiv	Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, Bände I-XIV, 1902-1912
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd./bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung, Teile I-IV, Lausanne
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
bzw.	beziehungsweise
dgl.	dergleichen
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EG	Einführungsgesetz
f./ff.	und folgende
FN	Fussnote
GebT	Gebührentarif zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
gl. M.	gleicher Meinung
i. S.	im Sinne (des, der)
lit.	litera, Buchstabe
m. a. W.	mit anderen Worten
Maximen	Entscheidungen des Obergerichts des Kantons Luzern
m. E.	meines Erachtens

N.	Note
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OR	Obligationenrecht
PatG	Patentgesetz
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Strafgesetzbuch
u. a.	und andere, unter anderem (anderen)
u. ä.	und ähnliche
URG	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

LITERATURVERZEICHNIS

AESCHLIMANN O., Der Krediteröffnungsvertrag nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1925.

ANTOGNAZZA G., Voraussetzungen der Mäklerprovision, Diss. Zürich 1965.

BECKER H., Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), 2. Aufl., Bern 1941; 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551 OR), 1. Aufl., Bern 1934.

BLOCHER F., Basler Rechtseröffnungspraxis bei zweiseitigen Verträgen, SJZ 45 (1949) 184 ff.

BLUM PEDRAZZINI, Das Schweizerische Patentrecht, Kommentar, 3 Bde., 2. Aufl., Bern 1975.

BLUMENSTEIN E., Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

BRAND E., Schuldbetreibung: Besondere Bestimmungen über Miete und Pacht II, SJK Nr. 1093.

BRUNNER E., Das Rechtsöffnungs-Verfahren, Diss. Solothurn 1898.

VON BUEREN E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit. von Büren I).

VON BUEREN E., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972 (zit. von Büren II).

BURKHART R., Der Fernkursvertrag, Diss. Bern 1974.

CAPREZ M., Rechtsöffnung I, SJK Nr. 185 (zit. Caprez, SJK Nr. 185).

CAPREZ M., Rechtsöffnung II, SJK Nr. 186 (zit. Caprez, SJK Nr. 186).

CAPREZ M., Rechtsöffnung III, SJK Nr. 187 (zit. Caprez, SJK Nr. 187).

COMMENT A., Kauf nach Muster, SJK Nr. 231 (zit. Comment, SJK Nr. 231).

COMMENT A., Kauf auf Probe oder auf Besicht, SJK Nr. 232 (zit. Comment, SJK Nr. 232).

CONRAD H., Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl., Karlsruhe 1962.

VAN DEN DAELE W., Probleme des gegenseitigen Vertrages, Hamburg 1968.

DAGON R., Ueber die Rückforderung im Betreibungsrecht, Diss. Zürich 1960.

ESSER J., Schuldrecht, Bd. I, 4. Aufl., Karsruhe 1970.

FAVRE A., Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, deutsche Uebersetzung von Dr. E. Steiner, Freiburg 1956.

FELDER A., Ein Bärendienst für die Fernkursschüler, in: NZZ Nr. 35 vom 22. Jan. 1970, S. 26.

FELDER A., Eine Duplik zum Thema Fernkursvertrag, in: NZZ Nr. 120 vom 13. März 1970, S. 24.

FIKENTSCHER W., Schuldrecht, 5. Aufl., Berlin 1975.

FISCHER E., Die rechtliche Würdigung von Kursverträgen, BJM 1971, S. 205 ff.

FREY C., Die Rechtsnatur der Patentlizenz, Diss. Zürich 1976.

FRITZSCHE H., Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 1967 (zit. Fritzsche I).

FRITZSCHE H., Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. Aufl., Zürich 1968 (zit. Fritzsche II).

FRUEH W., Die Rechtsöffnung, BlSchK 36 (1972) 97 ff.

GASSMANN J., Aus der Basler Rechtsöffnungspraxis, Basler Studien zur Rechtswissenschaft 1935, Heft 10, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Fritz Goetzinger, S. 41 ff.

GAUCH P., Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes, 2. Aufl., Zürich 1977.

GAUTSCHI G., Berner Kommentar, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abt., 3. Teilbd.: Der Werkvertrag (Art. 363-379 OR), 2. Aufl., Bern 1967; 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), 3. Aufl., Bern 1971; 5. Teilbd.: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 407-424 OR), 2. Aufl., Bern 1964; 6. Teilbd.: Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung (Art. 425-491 OR), 2. Aufl., Bern 1962.

GIGER H., Systematische Darstellung des Abzahlungsrechts, Zürich 1972 (zit. Giger).

GIGER H., Geldleistung als vertragstypenbestimmender Faktor, in: Festgabe für Karl Oftinger zum Thema Revolution der Technik – Evolution des Rechts, Zürich 1969, S. 63 ff. (zit. Giger, Geldleistung).

GIGER H., Der Sparkaufvertrag, 2. Aufl., Winterthur 1961 (zit. Giger, Sparkaufvertrag).

GIGER H., Verwirrung um die rechtliche Erfassung von Fernkursverträgen, in: NZZ Nr. 717 vom 9. Sept. 1969, S. 28.

GIGER H., Die rechtliche Wertung des Fernkurs- und Unterrichtsvertrags, in: NZZ Nr. 86 vom 21. Feb. 1970, S. 13.

GUGGENBUEHL A., Die Liegenschaftenmäkelei, Diss. Zürich 1951.

GUHL T., Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl., Zürich 1956.

GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972.

GULDENER M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958 (zit. Guldener).

GULDENER M., Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955 (zit. Guldener, Beweiswürdigung).

GULDENER M., Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR 74 (1955) 19ff. (zit. Guldener, Zwangsvollstreckung).

HECK P., Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929.

HERBER C., Leasing: Zur zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Problematik im deutschen Recht, Diss. Zürich 1971.

HEROLD H., Die wirtschaftliche Bedeutung des Abzahlungskredites, Orientierungen der schweizerischen Volksbank, Nr. 45, Zürich 1963.

HESS H., Die materiellen Grundlagen der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage, Diss. Bern 1946.

HINDERLING H., Nochmals zur Basler Rechtsöffnungspraxis bei zweiseitigen Verträgen, SJZ 45 (1949) 255 ff.

HUG W., Zur Problematik des Miet-Kaufvertrages, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 267 ff.

HUNGERBUEHLER H., Die Aequivalenz von Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, Diss. Bern 1972.

JAEGER C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Kommentar, 2 Bde., 3. Aufl., Zürich 1911.

JAEGER/DAENIKER, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911 bis 1945, 2 Bde., Zürich 1947.

JEANPRETRE R., Abzahlungskäufe, SJK Nr. 233 (zit. Jeanprêtre, SJK Nr. 233).

JENNI A., Die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreibung für öffentlichrechtliche Forderungen, Diss. Zürich 1970.

KALLMANN F., Anerkennung und Vollstreckung auswärtiger Zivilurteile und Vergleiche, Diss. Basel 1946.

KELLER M., Fernkurs- und Unterrichtsverträge unterstehen dem Abzahlungsgesetz, in: NZZ Nr. 358 vom 5. Aug. 1970, S. 13.

KELLERHALS O., Probleme der bankmässigen Finanzierung von Abzahlungskäufen, Wirtschaft und Recht 15 (1963), S. 99 ff.

KOCH R., Das Synallagma des Versicherungsvertrages, Diss. Zürich 1957.

KOENIG W., Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967.

KUMMER M., Berner Kommentar, Einleitungsband (Art. 8, 9 und 10 ZGB), Bern 1962.

LEHMANN W., Leistung und Gegenleistung bei gewagten Verträgen, Diss. Kiel 1935.

LEMP P., Berner Kommentar, Bd. II: Das Familienrecht, 1. Abt., 2. Halbbd.: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, das Güterrecht der Ehegatten (Art. 159-251 ZGB), 3. Aufl., Bern 1968.

LEUCH G., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar, 3. Aufl., Bern 1956.

LUESSI P., Das Leasing-Geschäft, Diss. Zürich 1966.

MAIER J., Der Agenturvertrag, Kommentierung mit Formulierungsvorschlägen, Handelskammer Deutschland-Schweiz, Köln 1974.

MEYER J., Gesamtverfall und vorzeitige Rückzahlung von Abzahlungsdarlehen, SJZ 65 (1969) 255 ff.

MUELLER R., Gesellschaftsvertrag und Synallagma, Diss. Zürich 1971.

NUESCHELER F., Fernkursverträge sind grundsätzlich kündbar, in: NZZ Nr. 666 vom 9. Nov. 1969, S. 36.

OFTINGER K., Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Zürich 1969 (zit. Oftinger, Bundesgerichtspraxis).

OFTINGER K., Der Trödelvertrag, Zürich 1937 (zit. Oftinger, Trödelvertrag).

OSER/SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, 1. Teil (Art. 1-183 OR), 2. Teil (Art. 184-418 OR), 3. Teil (Art. 419-529 OR). 2. Aufl., Zürich 1929/1936/1945.

PANCHAUD/CAPREZ., Die Rechtsöffnung, deutsche Uebersetzung von C. Jaeger und M. Daeniker, Zürich 1945.

PESTALOZZI P., Die Stellung des Lizenznehmers bei Patentverletzung, Diss. Zürich 1975.

PICENONI V., Der Vorzahlungsvertrag, ZSR 75 (1956) 491 ff.

ROELLI/JAEGER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. IV: Gesetzes- und Verordnungstexte, Einleitung, 1. Aufl., Bern 1933.

ROELLI/KELLER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. I: Die allgemeinen Bestimmungen (Art. 1-47), 2. Aufl., Bern 1968.

SCHADE P., Die Ausübungspflicht bei Lizenzen, Köln/Berlin/Bonn/München 1967.

SCHMIDT/RIMPLER, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag, Stuttgart 1968.

SCHOENENBERGER/JAEGGI, Zürcher Kommentar, Bd. V: Obligationenrecht, Teilbd. 1a (Allgemeine Einleitung, Art. 1-17 OR), 3. Aufl., Zürich 1973.

SCHUBIGER A., Der Leasing-Vertrag nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg 1970.

SCHWEINGRUBER E., Kommentar zum Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Zürich 1974.

STAEHELIN D., Vom gegenwärtigen Stand der Basler Rechtsöffnungspraxis, BJM 1958, 1 ff. (zit. Staehelin).

STAEHELIN A., Die materielle Rechtskraft des Rechtsöffnungsentscheides, SJZ 64 (1968) 314 ff. (zit. Staehelin, Rechtskraft).

STAEMPFLI J., Die Beziehungen zwischen Urheber und Verleger eines Schriftwerkes, Diss. Bern 1947.

STAUDER B., Der bankgeschäftliche Krediteröffnungsvertrag, Diss. Genf 1968.

STOFER H., Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. Aufl., Basel und Stuttgart 1972.

STREIFF U., Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, 3. Aufl., Zürich 1974.

STRICKLER P., Das Kleinkreditgeschäft, Diss. Zürich 1970.

TROLLER A., Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, Basel 1973 (zit. Troller, Kurzlehrbuch).

TROLLER A., Immaterialgüterrecht, Bd. I, 2. Aufl., Basel 1968 (zit. Troller I).

TROLLER A., Immaterialgüterrecht, Bd. II, 2. Aufl., Basel 1971 (zit. Troller II).

VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (erste Lieferung), 3. Aufl., Zürich 1974.

VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.

USTERI P., Retention und Betreibung für Mietzinsforderungen, ZSR 56 (1937) 69 ff. (zit. Usteri).

USTERI P., Die Retentionsprosequierungsklage, ZSR 58 (1939) 70 ff. (zit. Usteri, Retentionsprosequierung).

ZWEIFEL P., Die Neuregelung des Abzahlungskaufs, ZBJV 99 (1963) 121 ff.

§ 1 VORWORT

Die vorliegende Arbeit ist aus der Erkenntnis heraus entstanden, dass die Rechtsöffnung in der Praxis durchaus nicht immer das viel gepriesene rasche und billige Verfahren darstellt, in dem Geldforderungen unter Vermeidung ordentlicher Prozesse vollstreckt werden können. Besonders wenn der in Betreibung gesetzte Geldanspruch in einem synallagmatischen Vertrag begründet liegt, erweist sich der Gang zum Rechtsöffnungsrichter oft als unnütze Zeit- und Geldverschwendung.

Viele Gründe können für das Scheitern der Rechtsöffnungsklage verantwortlich sein, am häufigsten sind jedoch die Fälle, in denen der Richter entweder das Vorliegen einer betreibungsfähigen Schuldanerkennung verneint oder den Bestand einer materiellen Schuld an sich. Im ersten Fall scheitert die Klage an den betreibungsrechtlichen Voraussetzungen, im zweiten dagegen am Fehlen einer effektiven Schuld. Es ist eine der Hauptaufgaben der vorliegenden Arbeit, diese überaus wichtige Differenzierung zu verdeutlichen und die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen für den Rechtsöffnungsprozess zu erläutern. Im Ergebnis sollen Kriterien gefunden werden, anhand derer die Eignung synallagmatischer Verträge als Rechtsöffnungstitel zuverlässiger beurteilt werden kann als heute.

Zum Aufbau der Arbeit selbst ist folgendes zu bemerken: Im ersten, allgemeinen Teil wird zunächst der betreibungsrechtliche Hintergrund eines Rechtsöffnungsgesuches erläutert, wobei vor allem auf eine Darstellung der Rechtsöffnungstitel und der allgemeinen Abwehrmöglichkeiten des Betriebenen Wert gelegt wird. Danach werden die Grundlagen für die begriffliche Erfassung wesentlich zweiseitiger Verträge geschaffen und in diesem Zusammenhang die materiellrechtlichen und zivilprozessualen Auswirkungen des Synallagma, insbesondere die exceptio non adimpleti contractus, untersucht. Auf diesem Hintergrund wird es dann möglich sein, die in § 5 dargestellte heutige Gerichtspraxis hinsichtlich der Rechtsöffnung auf Grund wesentlich zweiseitiger Verträge zu verstehen und zu kritisieren. Mit Kritik ist indessen nichts gewonnen, es sei denn entsprechende Verbesserungsvorschläge würden unterbreitet, weshalb ein diesbezüglicher

Versuch in § 5 V unternommen wird. In jenem Abschnitt soll die eingangs erwähnte wichtige Differenzierung zwischen Einreden gegen die Schuldanerkennung (Einreden gegen den Schuldtitel) und Einreden gegen die Schuld an sich (materielle Einreden) genauer dargestellt werden, und unter dem neu zu prägenden Begriff der Titelqualität wird die erstgenannte Einredengruppe ausführlicher behandelt. Dabei werden insbesondere zahlreiche Beweisregeln aufgestellt, anhand derer eine klare und den Erfordernissen der Praxis angepasste Beweislastverteilung gewährleistet sein sollte.

Am Schluss des allgemeinen Teils wird sodann die (betreibungsrechtliche) Einrede der fehlenden Titelqualität kurz in tabellarischer Form der (materiellrechtlichen) exceptio non adimpleti contractus gegenübergestellt, um dem weitverbreiteten Irrtum abzuhelfen, es handle sich bei diesen beiden Einreden um ein und dieselbe Art.

Im zweiten, besonderen Teil werden die einzelnen Schuldvertragstypen nach den im allgemeinen Teil herausgeschälten Beurteilungskriterien untersucht, wobei es sich als zweckmässig erweisen wird, die einzelnen Vertragstypen mittels eines ständig wiederkehrenden Prüfungsschemas zu betrachten:

- zuerst wird der in Frage stehende Vertragstyp begrifflich kurz umschrieben, um eine Subsumption des als Rechtsöffnungstitels eingereichten Vertrages zu ermöglichen;
- danach werden die Probleme im Zusammenhang mit der Titelqualität eingehend erörtert, wobei die Prüfung – in Uebereinstimmung mit den im allgemeinen Teil entwickelten Beweisgrundsätzen – jeweils unter den beiden Gesichtspunkten "Nachweis der eigenen Leistung" und "Absenz von Erfüllungsmängeln" zu erfolgen hat;
- schliesslich werden in der Regel auch die wichtigsten Einreden materieller Art behandelt, d. h. die Einreden, welche sich nicht gegen den Schuldtitel richten, sondern gegen die Schuld an sich. Auf eine eingehende Darstellung dieser Einreden muss allerdings verzichtet werden, da ihre Zahl für eine umfassende Behandlung zu gross ist.

Bei den Teilzahlungsverträgen, die zu den am häufigsten eingereichten Rechtsöffnungstiteln gehören, ist das Schwergewicht der Betrachtungen anders gelagert: Hier entstehen Probleme vor allem in Zusammenhang mit den Begriffsbestimmungen und mit materiellrechtlichen Einreden, weshalb diese beiden Prüfungskriterien anstelle der Titelqualität eingehend untersucht werden.

Im Ergebnis darf bemerkt werden, dass jeder synallagmatische Vertrag nach der "Trilogie": Begriff, Titelqualität und materiellrechtliche Einreden auf seine Eignung als Rechtsöffnungstitel überprüft werden kann. Bei sorgfältiger Analyse unter Einbezug der Beweisfragen sollte dann eine realistische Chanceneinschätzung für den Rechtsöffnungsprozess möglich sein.

Erster Teil:

ALLGEMEINE GRUNDLAGEN

§ 2 WESEN UND AUFGABE DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG

I. Grundsätzliches

Das heutige Vollstreckungsrecht ist staatliche Zwangsvollstreckung. Die Selbsthilfe, welche auf früheren Kulturstufen[1] noch eine massgebliche Rolle gespielt hat, ist aus dem modernen Recht bis auf geringfügige Reste[2] verschwunden. Abgesehen von diesen Fällen erlaubter Selbsthilfe, kann ein privatrechtlicher Anspruch[3] gegen den Willen des Verpflichteten nur nach Durchführung eines Entscheidungs- oder Erkenntnisverfahrens vor dem Richter erzwungen werden. Hierbei hat der Gläubiger sein Forderungsrecht darzutun, und erst wenn sich der Unterlegene dem Richterspruch nicht freiwillig beugt, kommt es zur Zwangsvollstreckung.

Hat der Anspruch des Berechtigten eine Geldleistung oder eine geldmässige Sicherheitsleistung zum Inhalt, so ist das Verfahren eidgenössisch geregelt und es kommen allein die Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 mit den seitherigen Aenderungen, Ergänzungen und Nebenerlassen zur Anwendung. Das SchKG monopolisiert, soweit ein Geldbetrag in Frage steht, die Zwangsvollstreckung. Dem Gläubiger steht kein ausserhalb dieses Gesetzes liegendes Mittel zur

---

1 Bis weit in die fränkische Zeit hinein (vgl. Conrad, S. 30 und 149).

2 Sie betreffen Fälle, in denen staatliche Hilfe nicht innert nützlicher Frist zur Verfügung steht: Art. 701 ZGB (Abwehr von Gefahr und Schaden bei Grundeigentum); Art. 764 ZGB (Selbsthilfe des Nutzniessers); Art. 808 ZGB (Selbsthilfe des Grundpfandgläubigers); Art. 926 ZGB (Besitzesschutz); Art. 52 Abs. 3 OR (Sicherung eines berechtigten Anspruches) und Art. 57 OR (Tierpfändung).

3 Unter Umständen auch ein öffentlichrechtlicher Anspruch, dann nämlich, wenn er dem ordentlichen Vollstreckungsverfahren zugewiesen wird (vgl. Art. 43 SchKG).

Verfügung, um den Schuldner zur Leistung zu zwingen[4]. Insbesondere kann auch das kantonale Recht keine die Zwangsvollstreckungsmassnahmen der Art. 80 ff SchKG ergänzenden Zwangsmittel vorschreiben, und ebenso kann der Schuldner nicht indirekt, zum Beispiel durch eine Strafdrohung im Sinne von Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) gezwungen werden, die Geldschuld zu begleichen[5].

Nicht eidgenössisch geregelt ist dagegen die Zwangsvollstreckung von Ansprüchen, welche nicht in einer Geld- oder Sicherheitsleistung bestehen. Die Zwangsmittel und das Verfahren richten sich in diesen Fällen nach den entsprechenden kantonalen Prozessgesetzen, so dass unter Umständen recht unterschiedliche Regelungen zum Zuge kommen. Da sie indessen für die vorliegende Arbeit von keinerlei Bedeutung sind, soll nicht näher auf sie eingetreten werden.

II. Betreibung für Geld- und Sicherheitsleistungen

Die Betreibung für eine Geldzahlung oder für eine in einem Geldbetrag bestehende Sicherheitsleistung wird eingeleitet durch Einreichung eines schriftlichen Betreibungsbegehrens beim zuständigen Betreibungsamt. Nach Zustellung des Zahlungsbefehls hat der Schuldner während zehn Tagen die Möglichkeit, die Betreibung durch Rechtsvorschlag zu hemmen und damit den Gläubiger auf den Weg des ordentlichen Prozesses zu verweisen[6].

Der ordentliche Prozessweg ist oft langwierig und kostspielig. Gelegentlich ist er auch bereits begangen worden. Aus diesem Grunde hat es der Gesetzgeber in den Art. 80 ff. SchKG unternommen, dem Gläubiger, der sich über klare Verhältnisse ausweisen kann, ein schnelles und billiges Verfahren zur Verfügung zu stellen, in welchem ein Rechtsvorschlag beseitigt, d.h. Rechtsöffnung erteilt werden kann. Dringt der Gläubiger im Rechtsöffnungsverfah-

---

4 BGE 74 II 47; 79 II 285.

5 Caprez, SJK Nr. 185, S. 1.

6 Art. 79 SchKG.

ren durch, hat der Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhoben oder wurde ein solcher auf dem Wege des ordentlichen Prozesses beseitigt, so kann die Betreibung ihren Fortgang nehmen. Der Gläubiger ist dann in der Lage, mit Hilfe des Staates in das Vermögen des Schuldners einzugreifen, auf dem Wege der Pfändung, der Pfandverwertung oder des Konkurses.

§ 3 DIE RECHTSOEFFNUNG

I. Zielsetzung, Arten und Ausgestaltung

Die Rechtsöffnung dient zur Beseitigung eines offensichtlich unberechtigten oder gar trölerischen Rechtsvorschlages und ist das Ergebnis eines betreibungsrechtlichen Inzidenzverfahrens vor Gericht. Das Verfahren steht nur jenen Gläubigern offen, die sich mittels bestimmter Urkunden (Rechtsöffnungstitel), zumindest in vorläufiger Art, über ihr Forderungsrecht auszuweisen vermögen. Der betreibungsrechtliche Charakter des Prozesses zeigt sich daran, dass die Rechtsöffnungsrichter nicht über die materielle Begründetheit der Forderung zu entscheiden hat, sondern lediglich über die Vollstreckbarkeit des Rechtsöffnungstitels[1,2]. Eine Anerkennungsklage, Aberkennungsklage oder Rückforderungsklage wird durch den Rechtsöffnungsentscheid nicht präjudiziert[3].

Definitive Rechtsöffnung kann verlangt werden, wenn die Forderung auf einem Gerichtsurteil oder auf einer ähnlich zuverlässigen Schuldurkunde beruht. In solch besonders klaren Fällen, kann der Schuldner die Aufhebung des Rechtsvorschlages und damit die Fortsetzung der Betreibung nur verhindern, wenn er den sofortigen urkundlichen Beweis der Tilgung oder Stundung erbringt oder mit Erfolg die Verjährung geltend macht. Wird der Schuldner zufolge definitiver Rechtsöffnung zur Bezahlung einer Nichtschuld gezwungen, so hat er immerhin noch die Möglichkeit, innert eines Jahres die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage anzustrengen[4].

---

1 BGE 58 I 369; Guldener, 484 Anm. 57; derselbe, Zwangsvollstreckung, 25/26; Jaeger, Art. 82 N. 7.

2 Genau umgekehrt lautete noch der bundesrätliche Entwurf vom 23. Feb. 1886, zu dem in der Botschaft folgendes festgehalten wurde:
"Das Urtheil erkennt über das Forderungsrecht als solches, wenn es die Rechtsöffnung ausspricht, nicht etwa, wie nach früheren Entwürfen anzunehmen wär, in summarisch-provisorischer Weise über das Betreibungsrecht." (BBl. 1886, Bd. II, S. 65).

3 Guldener, 484.

4 Vgl. allgemein Dagon, 1 ff.

Provisorische Rechtsöffnung kann verlangt werden, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht. Auch in diesen Fällen spricht eine Vermutung für die Existenz des behaupteten Rechts. Die geringere Gewissheit, mit der im Vergleich zu definitiven Rechtsöffnungstiteln das Bestehen einer effektiven Schuld vermutet werden darf, zeigt sich jedoch darin, dass die Abwehrmöglichkeiten des Schuldners vielfältiger sind: Einwendungen zur Entkräftung der Schuldanerkennung müssen nicht urkundlich bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden; auch sind sie nicht sachlich auf Tilgung, Stundung oder Verjährung beschränkt. Gelingt die Glaubhaftmachung nicht, so spricht der Richter ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage die provisorische Rechtsöffnung aus. Eine allseitige Prüfung der materiellen Rechtslage kann vom Schuldner jedoch dadurch herbeigeführt werden, dass er binnen 10 Tagen bei Gericht des Betreibungsortes[5] Aberkennungsklage erhebt. Lässt er diese Möglichkeit ungenutzt oder unterliegt er im Aberkennungsprozess, so wird die provisorische Rechtsöffnung zur definitiven und die Betreibung nimmt ihren Fortgang wie wenn kein Rechtsvorschlag erfolgt wäre.

II. Verfahren

Der Rechtsöffnungsprozess wird eingeleitet durch ein frist-[6] und formgerechtes Gesuch des Betreibenden beim zuständigen Richter. Von Bundesrechts wegen wird verlangt, dass der Richter nach Einvernahme der Parteien[7] binnen fünf Tagen[8] seit Anbringen des Begehrens zu entscheiden hat

---

5 Auch eine Klage am forum prorogatum käme in Frage (BGE 68 III 80 und 87 III 23).

6 Das SchKG enthält keine ausdrückliche Fristbestimmung. Aus Art. 88 Abs. 2 SchKG kann jedoch gefolgert werden, dass die Klage innert eines Jahres seit Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben werden muss, weil sonst das Fortsetzungsbegehren nicht mehr gestellt werden kann.

7 Es genügt, wenn den Parteien, d. h. insbesondere dem Schuldner, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme geboten wird (Fritzsche I, 136).

8 Diese Ordnungsvorschrift wird in der Praxis allerdings nicht allzu streng eingehalten.

und dass die Kantone für Rechtsöffnungssachen ein summarisches Prozessverfahren einzurichten haben[9]. Ansonsten ist die Regelung des Verfahrens den Kantonen überlassen worden, was zu einer vielfältigen Ausgestaltung geführt hat.

Als Gerichtsstand hat sich in der Praxis der Ort der Betreibung durchgesetzt, unabhängig davon, ob das Betreibungsamt, welches den Zahlungsbefehl zugestellt hat, nach den Regeln des SchKG zuständig gewesen wäre oder nicht. Durch Unterlassung der Beschwerde gegen die Betreibung am unrichtigen Ort hat der Schuldner auch das Recht verwirkt, die Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters zu bestreiten[10]. Gerichtsstandvereinbarungen sind unwirksam, mit Ausnahme des Falles, in dem ein im Ausland lebender Schuldner in der Schweiz ein Spezialdomizil im Sinne von Art. 50 Abs. 2 SchKG gewählt hat[11].

In sachlicher Hinsicht ist es den Kantonen freigestellt, Einzelrichter, ganze Gerichte oder Ausschüsse von solchen mit Rechtsöffnungsaufgaben zu betrauen[12]. Fast überall ist dabei dem System des Einzelrichters der Vorzug gegeben worden, vielfach noch unter Schaffung einer Weiterzugsmöglichkeit an eine höhere kantonale Instanz[13]. Schiedsgerichtsklauseln sind in Rechtsöffnungsprozessen unbeachtlich. Sie können hingegen in Aberkennungsprozessen zum Zuge kommen[14].

Da es sich beim Rechtsöffnungsprozess um ein Inzidenzverfahren der Betreibung handelt, in welchem nur über die Vollstreckbarkeit, nicht aber über den materiellen Bestand der behaupteten Forderung entschieden wird, kann eine Berufung oder eine zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesge-

---

9 Art. 84 und 25 Ziff. 2 SchKG.

10 Jaeger/Daeniker, Art. 84 N. 2; Früh, 99; a. M. offenbar das Basler Dreiergericht, vgl. Staehelin, 21.

11 Caprez, SJK Nr. 185, S. 4.

12 Art. 22 Abs. 2 SchKG.

13 Im Kanton Zürich ist gegen Rechtsöffnungsentscheide kein ordentliches Rechtsmittel zulässig (vgl. § 272 ZPO). Möglich ist dagegen unter gewissen Umständen eine Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 ZPO.

14 BlSchK 9 (1945) 47; ZBJV 50 (1914) 558.

richt im Sinne der Art. 43 ff. und 68 ff. OG nicht in Frage kommen. Es fehlt am Erfordernis einer "Zivilsache". Demgegenüber ist eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Bewilligung oder Verweigerung der Rechtsöffnung zulässig[15].

Die Kosten der Betreibung sind vom Schuldner zu tragen, vom Gläubiger jedoch vorzuschiessen[16]. Da auch die Rechtsöffungskosten zu den Betreibungskosten gehören, muss sie der Schuldner bei Unterliegen zahlen. Darüber hinaus schuldet er dem Kläger eine angemessene Entschädigung, sofern dieser eine solche verlangt[17].

III. Die Rechtsöffnungstitel

A. Vorbemerkungen

Welche Urkunden als Rechtsöffungstitel in Betracht kommen können, entscheidet sich ausschliesslich nach Gesetz und Gerichtsgebrauch; Parteivereinbarungen in diesem Punkt sind unbeachtlich. Es ist deshalb nutzlos, Klauseln des Inhalts: "Dieser Vertrag gilt als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG" in Vereinbarungen aufzunehmen, wie man dies in der Praxis auf vorgedruckten Formularen etwa antrifft[18].

Um als Rechtsöffnungstitel gültig zu sein, muss die Schuldanerkennung von einer handlungsfähigen Person stammen. Ein von einem Unmündigen oder Entmündigten unterzeichneter Vertrag berechtigt nicht zur Rechtsöffnung, es sei denn, der Inhaber der elterlichen Gewalt bzw. der Vormund, habe ihn genehmigt. Unter Umständen kann die Genehmigung auch vom Unmündi-

---

15 Eine mit Bezug auf provisorische Rechtsöffnungsentscheide gegenteilige Praxis, welche in der Literatur heftig kritisiert worden ist, hat das Bundesgericht in BGE 94 I 365 aufgegeben. Der Entscheid wurde bestätigt in BGE 95 I 314 und 98 Ia 350.

16 Art. 68 SchKG.

17 Art. 68 GebT. Mit Bezug auf die Anwendbarkeit kantonaler Vorschriften über die Anwaltsgebühren, vgl. ZR 70 (1971) 291 ff.

18 Gassmann, 49; Staehelin, 13.

gen oder Entmündigten selbst stammen, dann nämlich, wenn er in der Zwischenzeit handlungsfähig geworden ist und den Vertrag konkludent genehmigt hat, z. B. durch Entrichten weiterer Ratenzahlungen bei einem Teilzahlungsvertrag[19].

Im Gegensatz zur früheren Praxis zahlreicher Gerichte, ist es nicht notwendig, dass der Rechtsöffnungstitel älter als der Zahlungsbefehl ist. Auch auf Grund eines erst nach Einleitung der Betreibung erwirkten Titels wird heute Rechtsöffnung erteilt; dann zum Beispiel, wenn der Schuldner auf Betreibung hin, ohne die Schuld grundsätzlich zu bestreiten, Vorschläge für eine Ratentilgung macht oder den Gläubiger um Aufschub ersucht[20].

B. Definitive Rechtsöffnungstitel

Nur ganz bestimmte, im Gesetz aufgeführte Urkunden können als Titel für die definitive Rechtsöffnung in Frage kommen. Unter ihnen kommt dem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil vorrangige Bedeutung zu. Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit ist die Gewissheit, dass das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, was regelmässig mittels einer Bescheinigung des erkennenden Gerichts oder der nächsthöheren Instanz nachgewiesen werden muss. Bei einzelnen Urteilen entfällt die Notwendigkeit eines solchen Beweises, dann nämlich, wenn ein Weiterzug nicht mehr möglich ist, sei es, dass nach der massgeblichen Prozessordnung das erkennende Gericht endgültige Entscheidungsbefugnisse hatte, sei es, dass eine höhere Instanz nicht vorhanden ist.

Zu den gerichtlichen Urteilen gehört jeder Richtspruch, gleichgültig, ob er von einem ordentlichen oder einem Sondergericht (Gewerbe-, Handelsgericht etc.) ausgegangen ist. Entscheidungen privater Schiedsgerichte fallen innerkantonal ebenfalls darunter, sofern ihnen – was in der Regel der Fall sein dürfte – nach kantonalem Recht die Wirkungen von Gerichtsurteilen zuerkannt wird. Für Schiedsgerichtsurteile aus fremden Kantonen kann

19 Staehelin, 13; BJM 1957, 225.

20 BlSchK 13 (1949) 45; 12 (1948) 51.

Rechtsöffnung nur begehrt werden, wenn der Vollstreckungskanton sie anerkennt[21]. Zu den gerichtlichen Urteilen gehören sodann gemäss Art. 380 StGB auch rechtskräftige Strafurteile mit Bezug auf Bussen, Kosten und Schadenersatz[22].

Urteile ausländischer Gerichte sind nicht im gleichen Masse als definitive Rechtsöffnungstitel tauglich wie schweizerische Zivilurteile; sie geniessen den Schutz von Art. 61 BV nicht. Der Betriebene hat neben den üblichen Einreden der Tilgung, Stundung und Verjährung noch die aus einem allfälligen Staatsvertrag sich ergebenden. Hat der Bund keinen Staatsvertrag über die Vollstreckung von Urteilen des betreffenden Landes abgeschlossen, so sind die Kantone in der Frage der Anerkennung und Vollstreckung frei. Die kantonalen Zivilprozessordnungen sehen jedoch in der Regel vor, dass ausländische Urteile bei Anerkennung des Gerichtsstandes, Einhaltung des ordre public und Gewährung von Gegenrecht vollstreckt werden[23].

Gerichtliche Vergleiche, gerichtliche Schuldanerkennungen und gewisse Beschlüsse und Entscheide kantonaler Verwaltungsorgane sind vollstreckungsrechtlich den rechtskräftigen Urteilen gleichgestellt. Gerichtliche Vergleiche und gerichtliche Schuldanerkennungen machen einen Richtspruch überflüssig, da nunmehr die Höhe der Schuld einwandfrei feststeht. Der eingeleitete Prozess wird in Form eines Erledigungsbeschlusses beendet, dem – auch rechtsöffnungsrechtlich – die Wirkungen eines Urteils zukommen. Bei Entscheiden kantonaler Verwaltungsbehörden ist zu untersuchen, ob es sich um solche des Vollstreckungskantons selbst handelt oder um ausserkantonale. Im ersten Fall bestimmt das betreffende kantonale Recht, welche Beschlüs-

---

21 Vgl. BGE 78 I 108; Fritzsche I, 138.

22 Vgl. Jaeger, Art. 80 N. 3.

23 So z. B. Zürich (§ 302 ZPO). Ueber die Anerkennung ausländischer Urteile, vgl. Guldener, 598 ff.; Fritzsche I, 144 ff.; François Kallmann: Anerkennung und Vollstreckung auswärtiger Zivilurteile und Vergleiche, Diss. Basel, 1946.

se und Entscheide es vollstreckbaren Gerichtsurteilen gleichstellen will[24], im zweiten behalf man sich mit dem Abschluss von Konkordaten[25].

Rechtskräftige Entscheide eidgenössischer Verwaltungsinstanzen sind, soweit auf Geldzahlungen oder Sicherheitsleistungen gerichtet, ebenfalls vollstreckbaren Gerichtsurteilen gleichgestellt; auch sie bilden definitive Rechtsöffnungstitel[26].

C. Provisorische Rechtsöffnungstitel

Damit eine Erklärung des Schuldners als provisorischer Rechtsöffnungstitel in Frage kommen kann, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: In formeller Hinsicht ist erforderlich, dass die Erklärung in einer öffentlichen oder in einer unterschriftlich bekräftigten privaten Urkunde enthalten ist; in materieller Hinsicht muss sie eine Schuldanerkennung darstellen. Die Begriffe sollen im folgenden kurz einzeln geklärt werden.

a) Oeffentliche Urkunden

Oeffentliche Urkunden sind solche, die von einer Amtsperson im Rahmen ihrer Zuständigkeit und in der vorgeschriebenen Form errichtet werden. Sie geniessen öffentlichen Glauben, haben also die Vermutung der Richtigkeit für sich, solange das Gegenteil nicht bewiesen wird. Immerhin geht die Beweiskraft öffentlicher Unrkunden nur so weit, als sie eine Amtshandlung verkörpern oder Feststellungen wiedergeben, die anlässlich einer Amtshandlung gemacht worden sind. So beweist zum Beispiel ein Polizeirapport über die Aussage eines Zeugen oder Beteiligten, dass Aussagen

---

24 Im Kanton Zürich sind sämtliche auf Geld- oder Sicherheitsleistung gerichteten rechtskräftigen Verwaltungsentscheide des Kantons, der Gemeinden und anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften definitive Rechtsöffnungstitel (§ 214 ZPO).

25 Vgl. insbesondere die Konkordate über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche vom 18. Feb. 1911 und vom 20. Dez. 1971.

26 Art. 162 OG.

gemacht worden sind; die inhaltliche Richtigkeit lässt sich damit aber nicht beweisen[27]. Ein solcher Rapport oder ein Gerichtsprotokoll wäre deshalb als Rechtsöffnungstitel für geforderten Schadenersatz untauglich.

Oeffentliche Urkunden sind beispielsweise das Grundbuch, Güterrechtsregister, Zivilstandsregister, Schuldbriefe, öffentlich beurkundete Kindsanerkennungen (Unterhaltsbeiträge), aber auch Gerichtsprotokolle, Abschreibungsbeschlüsse und Gerichtsurteile. Letztere können als provisorische Rechtsöffnungstitel schon darum nicht in Frage kommen, weil sie keine Schuldanerkennung enthalten, sondern den Unterlegenen gegen seinen Willen zur Zahlung verpflichten. Demgegenüber wären gerichtliche Anerkennungen und Vergleiche im Prinzip geradezu modellhafte, öffentlich beurkundete Schuldanerkennungen; wegen dieser besonderen Klarheit, sind sie jedoch vom Gesetzgeber zu definitiven Rechtsöffnungstiteln erhoben worden[28].

Zu den öffentlichen Urkunden zählen sodann verschiedene Urkunden des Betreibungsrechts. Von besonderer Wichtigkeit ist der Verlustschein, welchem als Pfändungs- oder als anerkanntem Konkursverlustschein nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift der Charakter einer Schuldanerkennung zukommt[29]. Streitig ist demgegenüber, ob auch der Pfandausfallschein als Rechtsöffnungstitel tauglich sei[30]. Ist das Betreibungsverfahren nicht bis zur Ausstellung einer Verlust- oder Pfandausfallscheines gediehen, so können frühere Betreibungsurkunden nicht als Rechtsöffnungstitel in einer nachfolgenden Betreibung dienen. In diesem Sinne sind für eine spätere Betreibung ein unbestritten gebliebener Zahlungsbefehl oder ein Rückzug des Rechtsvorschlages beim Betreibungsamt bedeutungslos[31].

---

27 Guldener, 351, Anm. 3.

28 Ein Aberkennungsprozess, wie er nach Erteilung provisorischer Rechtsöffnung möglich wäre, erscheint überflüssig und müsste zudem an der materiellen Rechtskraft des früheren Entscheides scheitern.

29 Art. 115 Abs. 1, 149 Abs. 2 und 265 SchKG.

30 Vgl. hinten, S. 21.

31 Staehelin, 16. Vom hier erörterten Fall ist der Rückzug des Rechtsvorschlags vor dem Rechtsöffnungsrichter zu unterscheiden; da wird in der Praxis definitive Rechtsöffnung erteilt.

Von öffentlichen Urkunden zu unterscheiden, sind blosse Beglaubigungen von Einzeltatsachen – z. B. der Unterschrift – durch eine Amtsperson. Eine solche Beglaubigung vermag einer privaten Urkunde den Charakter einer öffentlichen nicht zu verleihen[32]. Voraussetzung für den öffentlichen Urkundencharakter ist, dass die Amtsperson schon beim Aufsetzen der Urkunde, bei Verträgen jedenfalls im Zeitpunkt ihres Abschlusses, mitgewirkt hat[33].

b) Private Urkunden

Privaturkunden, welche als Rechtsöffnungstitel tauglich sein sollen, müssen in erster Linie die Unterschrift des Schuldners tragen[34]. Jedes vom Schuldner unterzeichnete Schriftstück – ohne Rücksicht auf äussere Form oder Zweckbestimmung – kommt in Frage, insbesondere auch ein privater Brief, eine ganze Korrespondenz[35], ein Reklamationsschreiben, ein Testament etc.[36].

Unter gewissen Umständen kann selbst ein von einer Drittperson unterzeichnetes Schriftstück als Rechtsöffnungstitel in Frage kommen, dann nämlich, wenn das gesetzliche oder vertragliche Vertretungs- oder Rechtsnachfolgeverhältnis erwiesen ist[37]. Betreibt beispielsweise der Gläubiger einen Ehemann auf Grund eines von dessen Frau unterschriebenen Bestellzettels, so kann Rechtsöffnung gewährt werden, wenn die Bestellung im Rahmen der Schlüsselgewalt gelegen hat[38]. Die Beweislast liegt beim Kläger. Wird Rechtsöffnung gegenüber einer Handelsgesellschaft verlangt, so hat im Bestreitungsfalle wiederum der Gläubiger zu beweisen, dass der oder die Un-

---

32 Jaeger, Art. 82 N. 4.

33 Hess, 36/37.

34 Eine mechanisch wiedergegebene Unterschrift kann unter Umständen genügen (z. B. bei Massenverträgen, wie Versicherungsverträgen, vgl. SJZ 40 (1944) 174).

35 Maximen 1962, 158; Amtsbericht 1972, 45; Panchaud/Caprez, § 6, 22 f.

36 Blumenstein, 301.

37 Jaeger, Art. 82 N. 3; Panchaud/Caprez, § 5, 19 ff.; Blumenstein, 301.

38 SJZ 61 (1965) 225; BlSchK 14 (1950) 170; BGE 65 I 1; Lemp, Art. 163 N. 17; a. M.: Staehelin, 6.

terzeichnenden als Organe oder vertretungsberechtigte Gesellschafter gehandelt haben[39]. Bleibt das behauptete Stellvertretungs- oder Rechtsnachfolgeverhältnis ungewiss, so muss der Kläger abgewiesen und die Gültigkeit der Drittverpflichtung für den Betriebenen vom ordentlichen Zivilrichter geprüft werden.

Beruft sich der Betriebene auf eine Fälschung der Urkunde oder seiner Unterschrift, so hat er diese Behauptung zumindest glaubhaft zu machen. Nach allgemeiner Regel obliegt es sodann dem Rechtsöffnungskläger, den Echtheitsbeweis anzutreten[40].

c) Schuldanerkennung

1. Begriff

Während es im Einzelfall meist wenig Schwierigkeiten bereitet, ein schuldnerisches Schriftstück darauf hin zu überprüfen, ob ihm der Charakter einer öffentlichen oder einer unterschriebenen privaten Urkunde zukomme, ist es in der Praxis oft ausserordentlich schwierig zu sagen, ob darin auch eine Schuldanerkennung zu sehen sei. Der Begriff der Schuldanerkennung wird in Art. 82 SchKG nicht näher umschrieben. Mangels eines ordentlichen eidgenössischen Rechtsmittels in Rechtsöffnungssachen, gibt es auch unter den verschiedenen Kantonen keine einheitliche Praxis. Beim heutigen Rechtszustand ist es daher möglich, dass ein und dieselbe Urkunde im einen Kanton als Rechtsöffnungstitel zugelassen, im andern dagegen als untauglich erklärt wird; ein Zustand, der angesichts der heutigen, weitverzweigten Handelsbeziehungen nicht sonderlich zu befriedigen vermag.

Die frühe Gerichtspraxis legte den Begriff der Schuldanerkennung restriktiv aus. Als Rechtsöffnungstitel wurden lediglich einseitige Zahlungsversprechen des Schuldners zugelassen, d.h. solche, in denen sich der Betriebene vorbehalts- und bedingungslos zur Zahlung einer bestimmten Summe Geldes

---

39 Vgl. Panchaud/Caprez, § 5, 21 f.

40 Blumenstein, 302; Panchaud/Caprez, § 4, 18 f.; Gassmann, 44.

an den Gläubiger verpflichtet hatte[41]. Diese enge – in der Doktrin von Anfang an als unrealistisch bezeichnete und bekämpfte – Auffassung, ist von den Gerichten schon bald aufgegeben worden. Sie hatte sich angesichts der praktischen Bedürfnisse als unzulänglich erwiesen, sind doch Schuldverpflichtungen, die an gewisse Bedingungen und Gegenverpflichtungen geknüpft sind, ungleich häufiger als die obgenannten einseitigen Zahlungsversprechen. Heute darf allgemein als anerkannt gelten, dass auch bedingte Erklärungen des Schuldners und Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen unter gewissen Umständen als Schuldanerkennungen im Sinne von Art. 82 SchKG in Frage kommen können[42]. Es ist deshalb nach einer umfassenderen Begriffsbestimmung zu forschen.

Beim Versuch einer Definition ist auf allgemeine Auslegungsregeln sowie auf die ratio legis der Art. 80 ff. SchKG zurückzugreifen. Was wollte der Gesetzgeber mit dem Rechtsöffnungsprozess erreichen? Es sollte – wie bereits erwähnt – dem Gläubiger einer liquiden Forderung ein Weg zur Verfügung gestellt werden, auf dem er einen unberechtigten Rechtsvorschlag beseitigen bzw. seine durch Urkunden nahezu erwiesenen oder doch sehr wahrscheinlich gemachten Forderungen rasch und billig vollstrecken lassen kann. Das entscheidende Gewicht liegt auf klaren Verhältnissen, während es – trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlauts von Art. 82 SchKG – weniger wichtig erscheint, ob der Schuldner die Schuld tatsächlich anerkennen wollte oder nicht. Dies geht deutlich aus der Entstehungsgeschichte des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes hervor[43]. Eine wörtlich strenge

---

41 Hess, 19; Brunner, 83.

42 Für die einzelnen Stufen der Entwicklung, vgl. Hess, 19 ff.

43 In den Entwürfen für ein Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz wurde für die Umschreibung provisorischer Rechtsöffnungstitel durchaus nicht immer das Wort "Schuldanerkennung" verwendet oder dann lediglich als Beispiel. So war im Entwurf des Bundesrates vom 23. Feb. 1886 vorgesehen, für jede Forderung, die sich "auf ein vollstreckbares gerichtliches Urteil oder auf eine andere beweiskräftige Urkunde, wie zum Beispiel eine Schuldanerkennung", stützt, Rechtsöffnung zu gewähren. In der Botschaft wurde dazu hervorgehoben, dass um Rechtsöffnung nachgesucht werden könne, wenn die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, auf einem diesem gleichzuachtenden gerichtlichen Vergleichs- oder Anerkennungsakt oder auf einer andern (öffentlichen oder privaten) beweiskräftigen Urkunde beruhe (BBl 1886, II, 65). Hier wurde also die Schuldanerkennung nicht einmal mehr er-

Interpretation des Gesetzestextes in dem Sinne, dass ein Einverständnis des Schuldners mit seiner Zahlungspflicht nachgewiesen sein müsste, ist deshalb nicht am Platz. Entscheidend ist allein, ob in einem früheren Zeitpunkt eine (durch öffentliche Urkunde oder unterschriebene Privaturkunde) ausgewiesene Bestätigung der Forderungssumme durch den Schuldner vorgelegen hat. Ist dies der Fall, so muss das Schriftstück als Rechtsöffnungstitel tauglich sein, selbst wenn der Schuldner die Bestätigung ohne Anerkennungsabsicht abgegeben haben sollte.

Immerhin muss auch der Tatbestand als gegeben erscheinen, unter dem es zur Errichtung oder zur Unterzeichnung der Rechtsöffnungsurkunde gekommen ist[44]. Die äussern Umstände (wie ausdrückliche Bedingungen, die Voraussetzung von Gegenleistungen etc.) sind beim Abschluss beiden Parteien gleichermassen erkennbar; es ist daher ein Gebot von Treu und Glauben, dass der Gläubiger seine privilegierte Vollstreckungsstellung nur ausnützen können soll, wenn die Verhältnisse bei Einleitung der Betreibung tatsächlich jenen entsprechen, unter denen es zur Schuldurkunde gekommen ist.

Die von Blumenstein geprägte Definition, welche einerseits auf die Bestätigung durch den Schuldner, andrerseits aber auch auf den Tatbestand abstellt, auf welchen sich diese stützt, erscheint daher heute noch zutreffend:

> "Schuldanerkennung im Sinne des Gesetzes ist die Willensäusserung einer Person, wodurch sie das Vorhandensein einer Schuldpflicht ihrerseits bestätigt, wobei sich zugleich auch den bestehenden Verhältnissen ergeben muss, dass der Tatbestand, auf welchen sich diese Willenserklärung stützt, wirklich gegeben ist."[45]

---

wähnt. Für den Bundesrat waren die Ausdrücke "schriftliche Schuldurkunde", "Schuldurkunde" und "beweiskräftige Urkunde" offenbar gleichwertig, und es scheint eher einem Zufall zu verdanken zu sein, dass die Redaktionskommission, welche den definitiven Text herstellte, die jetzige Fassung aufbrachte und damit den Ausdruck "andere beweiskräftige Urkunde" beseitigte (Archiv III, 351). Anstelle des Wortes "Schuldanerkennung" hätte auch ein anderes, weniger auf einen willigen Schuldner hindeutendes, gewählt werden können, wie das Rechtsöffnungsverfahren ja auch denjenigen Gläubiger begünstigen will, der sich über liquide Verhältnisse ausweisen kann, und nicht jenen, der einen entgegenkommenden Schuldner hat.

44 Blumenstein, 296.

45 Blumenstein, 297.

Beizufügen wäre noch, dass der Schuldner seine Zahlungspflicht nicht nur generell, sondern summenmässig, bestätigen muss. Der geschuldete Betrag muss entweder in der Urkunde selbst aufgeführt oder mittels der darin enthaltenen Angaben leicht berechenbar sein; nach der Praxis kann sich die Summe auch aus andern, im Zeitpunkt der Anerkennung bekannten Schriftstücken ergeben[46]. Keine Schuldanerkennung, welche zur Rechtsöffnung berechtigt, ist demgegenüber eine Urkunde, in der nur eine betragsmässig unbestimmte Forderung anerkannt wird; dies gilt selbst dann, wenn die Summe nachträglich mittels anderer, nicht vom Schuldner stammender Schriftstücke konkretisiert oder durch einen Dritten als Experten festgelegt werden soll[47].

2. Arten

Unter den Begriff Schuldanerkennung fallen im wesentlichen drei Arten: einseitige Schuldanerkennungen, zweiseitige Verträge und Betreibungsurkunden.

a) Einseitige Schuldanerkennungen finden ihren Ausdruck in einseitigen Willenserklärungen des Schuldners. Es kann sich dabei um einseitige Rechtsgeschäfte handeln (Testamente, Errichtung von Stiftungen etc.) oder um einseitige Verträge (Schenkungen, Bürgschaften, Konventionalstrafen, Schuldversprechen ohne Verpflichtungsgrund etc.). Einseitige Schuldverpflichtungen bieten in der Rechtsöffnungspraxis gewöhnlich keine besonderen Schwierigkeiten. Sofern sich daraus eine bestimmte Summenschuld, der Verfalltag und die Uebereinstimmung mit der in Betreibung gesetzten Forderung ergibt, sind sie erstklassige Rechtsöffnungstitel. Im Rahmen dieser Arbeit kann deshalb nur ganz am Rande auf diesbezügliche Probleme eingetreten werden[48, 49].

---

46 Jaeger, Art. 82 N. 4; Panchaud/Caprez, § 15, 30 ff.

47 Vgl. Jaeger/Daeniker, Art. 82 N. 4; SJZ 10 (1913/14) 157; 15 (1918/19) 373; 28 (1931/32) 360; BlSchK 6 (1942) 50; ZBJV 84 (1948) 507; Amtsbericht 1970, 44.

48 Vgl. hinten, S. 224 über Konventionalstrafen.

49 Gewisse Schwierigkeiten können mit Bürgschaftsverpflichtungen auftreten, da sie akzessorisch und bedingt sind. Ueber die Voraussetzungen der Rechtsöffnung auf Grund solcher Titel, vgl. Panchaud/Caprez, § 80, 104 ff.; Hess, 44 ff.

b) Zweiseitige Verträge, bei denen jeder Kontrahent Gläubiger und Schuldner des andern sein kann, sind unter den im Hauptteil dieser Arbeit zu behandelnden Voraussetzungen als Schuldanerkennungen zu betrachten; sie stellen dann ebenfalls taugliche Rechtsöffnungstitel dar.

c) Demgegenüber sind Betreibungsurkunden im allgemeinen keine geeigneten Rechtsöffnungstitel, da es zumeist am Erfordernis einer Schuldanerkennung fehlt. Eine Ausnahme hievon bilden Pfändungs- und anerkannte Konkursverlustscheine, bei denen ein wirksames Schuldanerkennungssurrogat durch den Gesetzgeber selber geschaffen worden ist[50].

Verschiedene Autoren und Gerichte betrachten in analoger Anwendung von Art. 149 Abs. 2 SchKG auch Pfandausfallscheine als Rechtsöffnungstitel[51]. Wenn auch gewisse praktische Gründe für eine solche Lösung sprechen mögen, so ist sie aus theoretischer Sicht doch eher abzulehnen; der Pfandausfallschein enthält keinerlei Anerkennung der Schuld durch den Betriebenen und weist auch sonst nur sehr entfernte Aehnlichkeiten mit einem Verlustschein auf[52].

IV. Rechtsöffnung ohne Rechtsöffnungstitel für gewisse Nebenforderungen der Hauptschuld

Vom Grundsatz, dass die Vorweisung eines konkreten Rechtsöffnungstitels unumgängliche Voraussetzung für die Erteilung der Rechtsöffnung sei, kennt die Praxis gewisse – eng begrenzte – Ausnahmen. So wird Rechtsöffnung für Mahngebühren zum Beispiel ganz allgemein bewilligt, wenn der Schuld-

---

50 Vgl. vorn, FN. 29.

51 Vgl. Panchaud/Caprez, § 57, 76 f.; Hess, 98 ff.; Früh, 103/104.

52 Im Gegensatz zum Verlustschein ist beim Pfandausfallschein ungewiss, ob – und wenn ja wieviel – der Gläubiger verlieren wird. Im Ausfallschein wird lediglich bekundet, dass die Pfanddeckung ungenügend gewesen ist. Dabei besteht jedoch durchaus noch die Möglichkeit, dass sich der Gläubiger auf dem Wege der ordentlichen Betreibung wird befriedigen können.

ner im vornherein einen bestimmten Einzelbetrag pro Mahnung anerkannt hat und dem Gericht Kopien der Mahnschreiben vorgelegt werden[53].

Ganz ohne Schuldanerkennung wird Rechtsöffnung erteilt für gesetzliche Verzugszinsen[54]. Der Rechtsöffnungsrichter prüft in diesem Zusammenhang jedoch regelmässig, ob die Voraussetzungen der Art. 102 ff. OR gegeben sind, insbesondere, ob der Beginn des Zinsenlaufs durch eine gehörige Mahnung oder einen bestimmten Verfalltag ausgewiesen ist. Hat der Gläubiger den Schuldner nicht in Verzug gesetzt, so sind Verzugszinsen erst vom Tag der Zustellung des Zahlungsbefehls an geschuldet[55]. Bei definitiven Rechtsöffnungstiteln wird angenommen, der Schuldner befinde sich ab Datum der Rechtskraft des vollstreckbaren Urteils oder Urteilssurrogats im Verzug[56].

Indem der Rechtsöffnungsrichter die materiellen Voraussetzungen für die Forderung von Verzugszinsen und teilweise auch von Mahngebühren prüft, greift er in die Belange des ordentlichen Richters ein. Indessen tut er dies nur im Zusammenhang mit einer Hauptforderung, für welche ein Rechtsöffnungstitel vorliegt. Unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie lässt sich dieses Vorgehen zweifellos rechtfertigen, werden dadurch doch zahlreiche ordentliche Prozesse mit zumeist geringen Streitwerten vermieden, ohne dass die Rechtssicherheit ernstlich gefährdet wäre. Umstritten ist meist nur die Hauptschuld, während sich die Verzugszinspflicht bei Bejahung einer verfallenen Schuld aus dem Gesetz ergibt. Die Höhe der Verzugszinsen kann durch Parteivereinbarung im voraus bestimmt sein; ist dies nicht der Fall, so richtet sie sich nach den gesetzlichen Bestimmungen und beträgt gewöhnlich fünf Prozent[57].

---

53 Staehelin, 7.

54 Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau, 1971, Nr. 22; Staehelin, 7/8; vgl. aber auch BJM 1970, 284 f., wo dieses Vorgehen auf Fälle beschränkt wird, wo es um geringfügige, leicht feststellbare Beträge geht.

55 ZBJV 92 (1956) 457.

56 Staehelin, 7.

57 Art. 104 Abs. 1 OR.

V. Abwehrmöglichkeiten des Schuldners

Ein Schuldner, der sich dem Rechtsöffnungsgesuch eines Gläubigers widersetzen will, hat grundsätzlich drei Möglichkeiten: Er kann einmal – wie in jedem anderen Prozess – sämtliche Einreden erheben, die sich auf das prozessuale Verfahren beziehen (Prozesseinreden), zum zweiten kann er die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen für die Rechtsöffnung bestreiten, insbesondere das Vorliegen eines genügenden Rechtsöffnungstitels (Bestreitung der betreibungsrechtlichen Voraussetzungen), und drittens kann er all diejenigen Einreden erheben, welche sich gegen das materielle Forderungsrecht des Gläubigers als solches richten (materielle Einreden). Allein die letzte Art von Einwendungen ist in den Art. 81 Abs. 1 und 82 Abs. 2 SchKG erwähnt; die andern ergeben sich teilweise aus kantonalem Zivilprozessrecht, aber auch aus der Tatsache, dass der Betreibende für die Voraussetzungen der Rechtsöffnung beweispflichtig ist.

A. Prozessuale Einwendungen

In prozessualer Hinsicht kann der Schuldner die Zulässigkeit des Rechtsweges, die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters, die Partei- und Prozessfähigkeit auf Seiten der Parteien oder das Rechtsschutzinteresse des Gläubigers bestreiten.

Obwohl man eigentlich erwarten sollte, der Richter habe sich vom Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu überzeugen, ist dies nicht in allen Kantonen der Fall[58]. Dieser Umstand muss sich auch im Rechtsöffnungsverfahren, welches bekanntlich in Form eines summarischen kantonalen Prozesses abgewickelt wird, auswirken. Während der Beklagte sich dort, wo das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat, darauf beschränken kann, allfällige Verfahrensmängel bloss aufzuzeigen[59], muss

---

58 Guldener, 182/183.

59 Vgl. Hess, 109; Leuch, Art. 191 N. 1 und 3.

er sie andernfalls mit den im summarischen Prozess zulässigen Beweismitteln erhärten[60].

Die Einrede, die in Betreibung gesetzte Forderung sei bereits in einem zwischen den Parteien schwebenden Zivilprozess anhängig, kann nicht zur Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens führen. Es handelt sich bei den beiden Verfahren nicht um die gleiche Streitsache, da der Rechtsöffnungsrichter lediglich über die Vollstreckbarkeit, der Zivilrichter dagegen über die materielle Berechtigung des Fordernden zu urteilen hat[61]. Wie steht es jedoch mit den Rechtskraftwirkungen eines Rechtsöffnungsentscheides? Kann der einmal abgewiesene Gläubiger sein Rechtsöffnungsgesuch in der gleichen oder in einer späteren Betreibung (für dieselbe Forderung) wiederum einreichen, oder muss dieses Unterfangen an der Einrede der res iudicata durch den Schuldner scheitern? Die Meinungen hierüber sind geteilt[62]. Folgende Ueberlegung erscheint indessen relevant: Wie ein rechtskräftiges ordentliches Urteil[63], schafft grundsätzlich auch ein rechtskräftiger Rechtsöffnungsentscheid nur Recht für den im Zeitpunkt der Urteilsfällung bestehenden Sachverhalt. Der Richter kann sich allein über die Vollstreckbarkeit der Schuld bei den im Zeitpunkt seines Entscheides herrschenden Verhältnissen aussprechen[64]. Aendert sich in der Folge die Rechtslage – gelangt z. B. der Gläubiger nachträglich in den Besitz eines vollwertigen Vollstreckungstitels – so ist über diesen Sachverhalt im früheren Entscheid nichts ausgesagt. Der Gläubiger sollte sich daher in der gleichen oder in einer späteren Betreibung auf die Aenderung der Rechtslage berufen können[65]. Nach der

---

60 Die Beweisbeschränkungen bzw. -erleichterungen der Art. 81 Abs. 1 und 82 Abs. 2 SchKG gelten für prozessuale Einreden nicht. Demgemäss genügt auch bei provisorischen Rechtsöffnungstiteln die blosse Glaubhaftmachung nicht.

61 ZR 43 (1944) 378; SJZ 55 (1959) 212.

62 Vgl. dazu Staehelin, Rechtskraft, 314 ff.

63 Vgl. Guldener, 312 ff.

64 Vgl. ZBJV 87 (1951) 263.

65 Voraussetzung ist natürlich, dass sich der Sachverhalt tatsächlich geändert hat. Hat es der Gläubiger beim früheren Verfahren unterlassen, einen an sich verfügbaren Titel einzureichen, so ist er damit ausgeschlossen; in diesem Fall hat sich nicht die Rechtslage geändert, sondern der Gläubiger ist beim ersten Mal seiner Beweispflicht nicht gehörig nachgekommen (Staehelin, Rechtskraft, 317).

hier vertretenen Ansicht soll der Schuldner dem Gläubiger im Rechtsöffnungsprozess die Einrede der abgeurteilten Sache nur dann und immer dann entgegenhalten können, wenn in der selben oder in einer neuen Betreibung Rechtsöffnung verlangt wird, ohne dass sich in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht die Lage zwischen den Parteien geändert hätte. Dies ist der Fall, wenn sich der Gläubiger in der selben oder in einer neuen Betreibung auf eine oder mehrere Urkunden beruft, die er bereits früher erfolglos angerufen hat oder hätte anrufen können[66]. Die Gerichtspraxis nimmt allerdings vorderhand noch einen vorwiegend andern Standpunkt ein[67].

Keine Prozesseinrede ist die Einrede der fehlenden Sachlegitimation[68]. Ob der betreibende Gläubiger berechtigt sei, die eingeklagte Forderung in eigenem Namen geltend zu machen (Aktivlegitimation) bzw. ob er berechtigt sei, sie gegenüber dem betreffenden Betreibungsschuldner geltend zu machen (Passivlegitimation), ist nicht eine Frage des Prozessrechtes; der Richter muss im Streifall nach Massgabe des materiellen Rechts entscheiden, ob der richtige Gläubiger vorgeht und ob der richtige Schuldner in Anspruch genommen wird[69]. Aus diesem Grunde hängt die Zulässigkeit der Einrede der mangelnden Aktiv- oder Passivlegitimation von der Zulässigkeit materiellrechtlicher Einreden überhaupt ab, was Gegenstand späterer Erörterungen sein wird[70].

---

66 Gleiche Ansicht, Caprez, SJK Nr. 185, S. 3.

67 Sie verleiht dem Rechtsöffnungsentscheid insofern Rechtskraft, als der einmal abgewiesene Gläubiger sein Rechtsöffnungsgesuch in der gleichen Betreibung nicht mehr mit Erfolg erneuern kann, unabhängig davon, ob sich der Sachverhalt geändert hat. Demgegenüber kann ein Rechtsöffnungsgesuch in einer neuen Betreibung wiederum auf den alten Sachverhalt gestützt werden, weil sich nach herrschender Praxis die materielle Rechtskraft des Entscheides auf die betreffende Betreibung beschränkt (Vgl. Staehelin, Rechtskraft, 314/315; Früh, 98; ZBJV 82 (1946) 172; SJZ 43 (1947) 241; BJM 1955, 204; BlSchK 11 (1947) 82; Archiv XIV (1910) 54).

68 Andere Ansicht, Blumenstein, 285; ebenso Favre, 133.

69 Fritzsche I, 64.

70 Vgl. hinten S. 27 ff.

B. Bestreitung der betreibungsrechtlichen Voraussetzungen

Mit Bezug auf die Voraussetzungen der Rechtsöffnung ist der Rechtsöffnungskläger beweispflichtig. Insbesondere liegt ihm ob, das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels nachzuweisen[71].

Zwei wichtige Schlüsse lassen sich aus dieser Tatsache ziehen: erstens, dass der Schuldner ein Rechtsöffnungsbegehren dadurch zu Fall bringen kann, dass er das Vorliegen eines den gesetzlichen Anforderungen genügenden Rechtsöffnungstitels bestreitet (wobei er nicht an die Einredebeschränkungen der Art. 81 Abs. 1 und 82 Abs. 2 SchKG gebunden ist), und zweitens, dass nicht der betriebene Schuldner seine diesbezüglichen Behauptungen, sondern der Gläubiger das Vorliegen eines einwandfreien Titels zu beweisen (und nicht nur glaubhaft zu machen) hat. Einwendungen des Schuldners sind deshalb stets dahingehend zu prüfen, ob mit ihnen die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen, insbesondere das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels, bestritten werden oder aber die Schuld an sich.

Das Verfahren im Rechtsöffnungsprozess präsentiert sich damit gewissermassen als zweistufiges. In einer ersten Phase hat der Richter abzuklären, ob ein gültiger Rechtsöffnungstitel überhaupt vorgelegt worden ist, und hier liegt die Beweislast beim Kläger. Sämtliche Einreden des Betriebenen, soweit sie nicht offensichtlich haltlos sind, müssen zugelassen werden. Erst wenn sie widerlegt, das Vorliegen eines gesetzeskonformen Rechtsöffnungstitels also bejaht wird, ist vom Richter in einer zweiten Phase abzuklären, ob Rechtsöffnung trotzdem zu verweigern ist, weil die materielle Schuld durch eine vom Gesetz anerkannte Einwendung nachträglich entkräftet worden ist. Hierbei gelten die im nächsten Abschnitt zu behandelnden Beweisbeschränkungen und -erleichterungen.

Bietet diese Zweiteilung des Verfahrens dem Grundsatz nach auch keine besonderen Probleme, so entstehen bei komplizierteren Rechtsverhältnissen doch immer wieder Schwierigkeiten in der sauberen Differenzierung zwischen Einreden gegen den Titel und solchen gegen die Schuld. Wird etwa

---

71 Blumenstein, 283.

Rechtsöffnung auf Grund eines zweiseitigen Vertrages verlangt, so ist vorerst abzuklären, ob dieser im konkreten Fall überhaupt einen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG darstelle (wozu verschiedene – später zu behandelnde – Beweise des Betreibenden gehören). Einredebeschränkungen bzw. -erleichterungen gibt es in diesem Verfahrensabschnitt keine[72]. Erst wenn die genannte betreibungsrechtliche Voraussetzung erstellt ist, sind schuldnerische Einwendungen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG zu prüfen. Hiebei gelten gewisse Beweiserleichterungen. Auf Einzelheiten wird weiter hinten zurückzukommen sein[73].

C. Materielle Einwendungen

Die wichtigsten Abwehrmöglichkeiten im Rechtsöffnungsverfahren ergeben sich für den Schuldner aus dem materiellen Rechte selbst. Neben den prozessualen und betreibungsrechtlichen Voraussetzungen der Rechtsöffnung kann der Betriebene nämlich auch das Bestehen einer Schuld an sich bestreiten; die zugelassenen Einreden sind bei definitiven und bei provisorischen Rechtsöffnungstiteln jedoch verschieden. Wie im ordentlichen Prozess gilt dabei der Grundsatz, dass die Einwendungen vom Beklagten geltend zu machen sind, um im Rechtsöffnungsentscheid Berücksichtigung finden zu können; eine vorgelegte Verpflichtung des Schuldners mag mit grösster Wahrscheinlichkeit getilgt, gestundet oder verjährt sein, solange eine entsprechende Einrede nicht erhoben wird, muss Rechtsöffnung trotzdem bewilligt werden[74].

a) Bei definitiven Rechtsöffnungstiteln

Der mit einem definitiven Rechtsöffnungstitel ausgerüstete Gläubiger hat eine übergrosse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des behaupteten Anspruchs auf seiner Seite. Um rechtsmissbräuchlichen Verzögerungs- und

---

72 Wenigstens nicht auf Grund des SchKG.

73 Vgl. hinten, S. 54.

74 Staehelin, 14; BGE 76 II 298.

Verschleppungstaktiken gewisser Schuldner den Riegel zu schieben, sind deshalb die Abwehrmöglichkeiten des Betriebenen auf Fälle beschränkt worden, in denen er mittels Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Urteils (oder Urteilssurrogates) getilgt oder gestundet worden ist oder in denen er mit Erfolg die Verjährung anruft[75].

Die Einrede der Tilgung oder Stundung kann nur dann erfolgreich sein, wenn sie sich auf Ereignisse stützt, die nach Erlass des Urteils oder Urteilssurrogates stattgefunden haben. Frühere, durch Urkunden ausgewiesene Tilgungen oder Stundungen sind durch das Urteil oder Urteilssurrogat endgültig widerlegt[76]. Als Tilgung im Sinne des Gesetzes sind sämtliche zivilrechtlichen Untergangsgründe einer Forderung zu betrachten, nebst Zahlung insbesondere: Hinterlegung bei Gläubigerverzug (Art. 92 OR); Erlass (Art. 115 OR); Novation mit Tilgungsabsicht (Art. 116 OR); Konfusion (Art. 118 OR); unverschuldete Unmöglichkeit (Art. 119 OR); Verrechnung (Art. 120 OR); Abtretung an Zahlungsstatt (Art. 172 OR); und Nachlass, freiwillig oder erzwungen durch Nachlassvertrag (Art. 293 ff. SchKG)[77].

Zur Kategorie der Tilgung gehört m. E. in gewissen Fällen auch die Einrede der fehlenden Sachlegitimation. Hat ein Gläubiger seine Berechtigung, vom Schuldner zu fordern, verloren[78], so existiert ein Schuldverhältnis zwischen ihm und seinem ehemaligen Schuldner nicht mehr. Zwischen den ursprünglichen Parteien sind Forderungsrecht und Schuld untergegangen, mithin getilgt[79], mag Bezahlung gegenüber dem neuen Gläubiger oder vom neuen Schuldner möglicherweise auch ausgeblieben sein. Wollte man anders entscheiden und den Untergang der Schuld nicht nur im Verhältnis zwischen den beiden Betreibungsparteien, sondern mit Bezug auf die Forderung schlechthin verlangen, so würde dies zu unhaltbaren Ergebnissen führen. In einem solchen

---

75 Art. 81 Abs. 1 SchKG.

76 Blumenstein, 286.

77 Blumenstein, 286; Jaeger, Art. 81 N. 10; Jaeger/Daeniker, Art. 81 N. 10.

78 Z. B. weil er die Forderung an einen Dritten abgetreten (Art. 164 OR) oder einer befreienden Schuldübernahme durch einen Dritten zugestimmt hat (Art. 176 OR).

79 Der Ausdruck "getilgt" in Art. 81 Abs. 1 SchKG ist wie in Art. 85 SchKG zu eng. Jeder auf zivilrechtlichen Gründen beruhende Untergang der Forderung muss genügen (vgl. SJZ 35 (1938/39) 122).

Fall müsste beispielsweise dem böswilligen Zedenten, der den Schuldner auf Grund eines definitiven Rechtsöffnungstitels betreibt, Rechtsöffnung bewilligt werden, obwohl ihm die abgetretene Forderung nicht mehr zusteht und obwohl dies der Schuldner mittels der Abtretungsanzeige beweisen könnte. Da die Einrede der fehlenden Sachlegitimation keine Prozesseinrede darstellt, die prinzipielle Eignung eines Urteils als Rechtsöffnungstitel kaum bestreitbar ist und auch die Einreden der Stundung oder Verjährung unbehelflich wären, kann definitive Rechtsöffnung nur verweigert werden, wenn Tilgung angenommen wird. Dabei kann selbstverständlich auch in diesem Fall auf einen Urkundenbeweis der Tilgung nicht verzichtet werden. Der Schuldner muss deshalb im Rechtsöffnungsprozess die Abtretungsanzeige, den Vertrag zwischen Schuldübernehmer und Gläubiger oder ein ähnliches Schriftstück vorweisen, wenn er die Aktiv- oder Passivlegitimation einer der Parteien erfolgreich bestreiten will.

Während Tilgung und Stundung urkundlich zu beweisen sind, kann dies für Verjährung naturgemäss nicht gelten. Hier muss der Nachweis der gesetzlichen Voraussetzungen genügen. Der Schuldner, der sich auf Verjährung beruft, hat nur den Anfangstermin derselben und den Ablauf der Frist nachzuweisen; der Beweis der Unterbrechung liegt dagegen dem betreibenden Gläubiger ob[80].

Handelt es sich bei dem vorgelegten definitiven Rechtsöffnungstitel um ein in einem andern Kanton ergangenes Urteil oder Urteilssurrogat, so hat der Betriebene neben den Einreden der Tilgung, Stundung oder Verjährung noch die Möglichkeit, die Kompetenz der Entscheidungsinstanz zu bestreiten oder die Einrede der mangelhaften Vorladung bzw. der mangelhaften gesetzlichen Vertretung zu erheben. Gegenüber ausländischen Urteilen kann er diejenigen Einreden erheben, welche in einem allfälligen Staatsvertrag enthalten oder nach kantonalem Recht zulässig sind[81,82].

---

80 Jaeger, Art. 81 N. 12.

81 Art. 81 Abs. 2 und 3 SchKG.

82 Vgl. vorn, S. 13.

b) Bei provisorischen Rechtsöffnungstiteln

Besitzt der Gläubiger eine in Form einer öffentlichen oder unterschriebenen privaten Urkunde gekleidete Schuldanerkennung des Betriebenen, so spricht ebenfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Bestand des behaupteten Forderungsrechts. Der Grad der Wahrscheinlichkeit ist indessen wesentlich geringer als bei definitiven Rechtsöffnungstiteln, weil - anders als bei jenen - ein behördliches Prüfungs- und Erkenntnisverfahren nicht oder nur in sehr beschränktem Masse stattgefunden hat. Art. 82 Abs. 2 SchKG stellt deshalb den Grundsatz auf, dass provisorische Rechtsöffnung nur erteilt werden darf, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht. Eine Einredenbeschränkung wie bei definitiven Rechtsöffnungstiteln findet sich nicht. Die Stellung des Schuldners ist sogar insofern erleichtert, als er seine Einwendungen nicht beweisen muss, sondern sich mit deren Glaubhaftmachung begnügen kann. Eine gewisse Erschwerung der Schuldnerstellung ergibt sich auf der andern Seite aus dem Umstand, dass die Einwendungen sofort zu erfolgen haben. Für ein Beweisverfahren ist deshalb kein Platz.

Was die einzelnen Einredemöglichkeiten betrifft, so kann der Betriebene sämtliche Tatsachen geltend machen, die geeignet sind, am gültigen Zustandekommen und an der Rechtswirksamkeit der Schuld Zweifel zu erwecken, also zum Beispiel: Formmangel des Vertrages; fehlende Handlungsfähigkeit auf Seiten des Betriebenen (Minderjährigkeit, Bevormundung, Urteilsunfähigkeit etc.); mangelnde Vollmacht (Art. 32 ff. OR); Simulation (Art. 18 OR); Nichtigkeit (Art. 20 OR); Uebervorteilung (Art. 21 OR); Irrtum (Art. 23 OR); Täuschung (Art. 28 OR); Drohung (Art. 29 OR); Spiel und Wette (Art. 513 OR). Der Betriebene kann aber auch Tatsachen geltend machen, welche eine an sich gültig zustandegekommene Schuld nachträglich wieder entkräften oder einstweilen unwirksam machen. Es handelt sich hierbei um die bereits im vorangegangenen Abschnitt erörterten Einreden der Tilgung, Stundung und Verjährung[83].

83 Bezüglich der Einreden der fehlenden Aktiv- oder Passivlegitimation gelten die gleichen grundsätzlichen Ueberlegungen wie bei definitiven Rechtsöffnungstiteln. Wird das Fehlen der Sachlegitimation bejaht, so ist die Forderung zwischen den ursprünglichen Parteien untergegangen,

1. Begriff des Glaubhaftmachens

Der Gläubiger soll seine vollstreckungsrechtlich privilegierte Position, welche lediglich auf dem durch den Rechtsöffnungstitel geschaffenen Rechtsschein beruht, nicht ausnützen können, wenn eine ebenso grosse Wahrscheinlichkeit gegen den Bestand des behaupteten Rechtes spricht. Sowenig wie vom Gläubiger der absolute Nachweis seines Rechtes verlangt wird, kann deshalb vom Schuldner der Beweis des Gegenteils verlangt werden; das Gesetz begnügt sich mit der Glaubhaftmachung. Alsdann braucht nicht die volle Ueberzeugung des Gerichtes begründet zu werden, sondern es genügt bereits, wenn für das Vorhandensein der behaupteten Tatsache eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte[84]. Glaubhaftmachen ist einerseits weniger als ein Beweis und identisch mit dem Nachweis der Wahrscheinlichkeit[85]; auf der andern Seite ist es aber auch mehr als nur eine Bestreitung. Das blosse Vorbringen einer glaubwürdigen Behauptung genügt regelmässig nicht[86]; es bedarf daneben objektiver Anhaltspunkte, auch wenn diese nicht so bestimmt zu sein brauchen, wie es für die Annahme eines vollen Beweises erforderlich wäre[87].

Einwendungen erscheinen dann als glaubhaft, wenn der Richter überwiegend geneigt ist, an ihre Wahrheit zu glauben. Darum kann zum Beispiel auf schriftliche Aeusserungen von Dritten oder auf unbeglaubigte Photokopien abgestellt werden, wenn nichts vorgebracht wird, was Zweifel an ihrer Richtigkeit erweckt[88]. Auf Glaubhaftmachung seiner Einwände darf andrerseits der Beklagte auch dann nicht verzichten, wenn der Kläger nicht erscheint oder die Behauptungen des Schuldners nicht bestreitet. Nur wenn der Klä-

---

mithin getilgt, und provisorische Rechtsöffnung muss verweigert werden. Unterschiede ergeben sich lediglich bezüglich der Beweisführung (kein Urkundenbeweis notwendig).

84 Guldener, 342, Anm. 24; ZR 66 (1967) 221; Blumenstein, 304.

85 SJZ 20 (1923/24) 198; Jaeger/Daeniker, Art. 82 N. 11.

86 Vgl. ZBJV 96 (1960) 27.

87 ZBJV 80 (1944) 416; 92 (1956) 27.

88 SJZ 70 (1974) 228; ZR 66 (1975) 221.

ger die Einwendungen des Beklagten ausdrücklich als richtig anerkennt, kann auf Glaubhaftmachung verzichtet werden. Ein Urkundenbeweis wird nicht verlangt, wenn auch der Betriebene in der Praxis oft auf das Vorweisen von etwas Schriftlichem angewiesen sein wird; der Richter kann auch aus allgemeinen Umständen oder aus seiner Lebenserfahrung den Schluss ziehen, der vorgetragene Einwand sei glaubhaft. Dem richterlichen Ermessen steht ein weiter Spielraum offen[89].

Von der eigentlichen Beweisführung unterscheidet sich die Glaubhaftmachung namentlich durch ihren beweistechnischen Erfolg. Der Richter darf und soll eine Behauptung berücksichtigen, obwohl ein strikter Beweis nicht vorliegt, sondern nur der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Glaubhaftmachung anstelle von schlüssiger Beweisführung genügt, weil es im Stadium der provisorischen Rechtsöffnung noch nicht darum geht, über Bestand oder Nichtbestand der Forderung zu entscheiden; eine diesbezügliche Prüfung erfolgt erst im eventuell nachfolgenden Aberkennungsprozess[90].

Es ist charakteristisch für das Rechtsöffnungsverfahren, dass nicht nur jener vollstreckungsrechtlich begünstigt wird, der das tatsächliche (materielle) Recht auf seiner Seite hat, sondern bereits der, für den lediglich der Schein des Rechtes spricht. Es ist daher richtig, wenn Rechtsöffnung nicht mehr gewährt wird, sobald dieser Rechtsschein ins Wanken gerät. Je nach Art und Güte des vorgewiesenen Rechtsöffnungstitels wird dabei der Schuldner mehr oder bessere Tatsachen geltend machen müssen, um den zu Gunsten des Gläubigers sprechenden Rechtsschein zu zerstören. So besehen können die Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit, der für die Glaubhaftmachung notwendig ist, verschieden hoch sein. Besteht die Schuldanerkennung aus einem einfachen Schuldschein mit klarem Text, eindeutiger Zahlungsverpflichtung und keinen Bedingungen, so wird der Schuldner gewöhnlich mehr Mühe haben, seine Einwendungen hiegegen glaubhaft zu machen, als bei einer verklausulierten, eventuell auch unklar abgefassten Schuldanerkennung – z.B. bei einem zweiseitigen Vertrag.

---

89 Staehelin, 14 f.

90 Blumenstein, 304/305.

2. Beweisbeschränkungen

Eine erste Beschränkung der Beweismittel ergibt sich aus den unterschiedlichen Zielen von Rechtsöffnungsverfahren und ordentlichem Zivilprozess: Da sich der Rechtsöffnungsrichter über den tatsächlichen Bestand der Forderung nicht auszusprechen hat – eine Präjudizierung dieser Frage im Hinblick auf den Aberkennungsprozess zudem tunlichst vermieden werden soll –, dürfen solche Beweismittel nicht verwendet werden, welche ihrer Natur nach einen späteren Gegenbeweis ausschliessen und formelle Wahrheit schaffen würden – z. B. der Eid[91]. Eine zweite Beschränkung der Beweismittel ergibt sich aus dem Erfordernis der sofortigen Glaubhaftmachung der Einreden, welches seinerseits darauf zurückgeht, dass der Rechtsöffnungsprozess gemäss Art. 84 SchKG binnen fünf Tagen erledigt sein sollte und lediglich summarischen Charakter hat. Beweismittel, die nicht sofort produziert werden können, sind daher ausgeschlossen. Dies dürfte in den meisten Fällen für Sachverständigengutachten gelten. Von Bundesrechts wegen besteht dagegen kein Verbot, innert der fünftägigen Frist auch Zeugen einzuvernehmen. Tatsächlich führt diese kurze Frist aber regelmässig dazu, dass nur die vom Gläubiger bereits vor der Verhandlung benannten Zeugen ordnungsgemäss vorgeladen werden können, sodass der Schuldner benachteiligt ist. Aus diesem Grunde lehnen es die meisten Gerichte generell ab, Zeugen einzuvernehmen[92]. Mancherorts ist der Zeugenbeweis auch nach kantonalem Prozessrecht im summarischen Verfahren ausgeschlossen[93].

Unrealistisch erscheint es dagegen, schriftliche Aeusserungen von Personen, die als Zeugen in Frage kämen, im Rechtsöffnungsprozess nicht zulassen zu wollen, wie etwa gefordert wird[94]. Gerade auf solche Bestätigungen seitens Dritter muss sich der Schuldner in der Praxis oft stützen können, soll die Glaubhaftmachung gelingen[95].

---

91 Blumenstein, 305; Jaeger, Art. 82 N. 11.

92 Staehelin, 4; Jaeger, Art. 82 N. 11 und 84 N. 1; SJZ 25(1928/29) 219. Für die Zulässigkeit von Zeugeneinvernahmen: Caprez, SJK Nr. 185, S. 5.

93 Zürich, § 209 ZPO.

94 Staehelin, 5.

95 Man denke z. B. an den Autokäufer, der Mängel am neuen Wagen glaubhaft machen möchte. Er wird eine Bescheinigung des Garagisten benötigen.

§ 4 DER ZWEISEITIGE (SYNALLAGMATISCHE) SCHULDVERTRAG

I. Begriff

A. Der Schuldvertrag

Ein Vertrag ist das allgemeine Hilfsmittel zur Regelung des rechtlichen Verkehrs. Auf dem Gebiet des Obligationenrechtes steht der Schuldvertrag im Vordergrund. Das Gesetz erwähnt diesen Begriff zwar nicht, in der Lehre hat er jedoch seinen festen Platz[1]. Man versteht darunter einen Vertrag, durch den ein Schuldverhältnis (eine Obligation) begründet wird; einen Vertrag also, in dem sich zumindest eine Partei als Schuldner gegenüber der andern als Gläubiger verpflichtet.

Die wichtigsten Typen von Schuldverträgen erfahren ihre gesetzliche Regelung im Obligationenrecht. Daneben finden sich zahlreiche Regeln in Sondergesetzen, so zum Beispiel im VVG (bezüglich der Versicherungsverträge) oder in öffentlichrechtlichen Spezialgesetzen (so bezüglich der meisten Transportverträge). Schliesslich enthält auch das ZGB gewisse schuldrechtliche Elemente beim Erbteilungs-, Dienstbarkeiten- und Pfandbestellungsvertrag. Nicht gesetzlich geregelte Schuldverträge können einem gesetzlich geregelten Vertragstyp nahekommen oder Elemente verschiedener gesetzlicher Typen mischen; alsdann können Sonderregeln analog anwendbar sein[2].

B. Der zweiseitige Schuldvertrag

Nach ihrer Wirkung kann man Schuldverträge einteilen in:

a) Einseitige Schuldverträge (contractus unilaterales), bei denen nur der eine Kontrahent eine Forderung gegen den andern erwirbt. Es stehen einander nur ein Schuldner und nur ein Gläubiger gegenüber. Wie bei jedem andern Vertrag sind zwar auch hier zwei Parteien beteiligt – dies im Gegensatz zum einseitigen Rechtsgeschäft –, zu einer Leistung ver-

---

1 Vgl. Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N. 104; Oser/Schönenberger, Vorbem. Art. 1-40 N. 66; von Tuhr/Peter, 148.

2 Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N. 116/117.

pflichtet ist indessen lediglich der Schuldner. Mit Erfüllung der schuldnerischen Leistungspflicht, oder nach Erlass der Schuld durch den Gläubiger, geht das Rechtsverhältnis unter. Als typische Beispiele einseitiger Verträge seien genannt: Das Schenkungsversprechen (Art. 243 OR), die Bürgschaft (Art. 492 OR) und der Wechsel (Art. 990 ff. OR)[3].

b) Mehrseitige Schuldverträge (contractus multilaterales), bei denen sich zwei oder mehr verpflichtete Parteien zu einer Interessengemeinschaft zusammenschliessen (Gesellschaftsverträge)[4].

c) Zweiseitige Schuldverträge (contractus bilaterales), bei denen ein jeder der beiden Kontrahenten Schuldner und Gläubiger des andern ist. Im Gegensatz zu Gesellschaftsverträgen können immer nur zwei Parteien (bzw. zwei Personengruppen) am Rechtsgeschäft beteiligt sein, und diese stehen zueinander im Interessengegensatz[5]. Anders als bei einseitigen Verträgen gibt es zwei Schuldner bzw. zwei Gläubiger. Je nachdem, ob die Beteiligten einander gleichzeitig als Schuldner und Gläubiger gegenüberstehen oder ob Schuldner- und Gläubigerstellung im Verlaufe des Rechtsgeschäftes wechseln, spricht man im ersten Fall von einem wesentlich zweiseitigen Vertrag (contractus bilaterales aequales, synallagmatischer Vertrag, gegenseitiger Vertrag), im zweiten dagegen von einem unvollkommen zweiseitigen (contractus bilaterales inaequales). Der Unterschied zwischen den beiden Vertragsarten liegt im Motivationsverhältnis, in dem die wechselseitigen Verpflichtungen und Berechtigungen eingegangen werden. Während bei unvollkommen zweiseitigen Verträgen der Wechsel von Schuldner- und Gläubigerrolle nicht in erster Linie angestrebt wird – sie ist vielmehr nur ein Resultat der Vertragsabwicklung –, besteht bei synallagmatischen Verträgen eine enge Beziehung zwischen den beidseitigen Schuldner- und Gläubigerstellungen. Die Kontrahenten sind nicht primär an der Leistung der Gegen-

---

3 Von Tuhr/Peter, 149.

4 Auch ein Gesellschaftsvertrag, an dem lediglich zwei Gesellschafter beteiligt sind, ist kein zweiseitiger Vertrag. Für solche Interessengemeinschaftsverträge gelten besondere Grundsätze (Oser/Schönenberger, Art. 82 N. 4; vgl. Müller, S. 59 ff.).

5 Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N. 118.

seite als solcher interessiert, sondern vor allem am Leistungsaustausch[6]. Diese enge Verknüpfung der beidseitigen Rechte und Pflichten führt zu materiellrechtlichen und zivilprozessualen Abhängigkeiten besonderer Art[7]. Inwiefern sie auch betreibungsrechtlich eine Rolle spielt, wird im nächsten Paragraphen abzuklären sein[8].

II. Arten zweiseitiger Verträge im einzelnen

A. Contractus bilaterales inaequales

Typische Beispiele für unvollkommen zweiseitige Verträge sind Darlehen, Gebrauchsleihe, Hinterlegung und Auftrag, sofern diese Rechtsgeschäfte unentgeltlich erfolgen. Zwar können auch hier beide Parteien Leistungspflichten unterliegen, doch ist die Rückgabe der Sache beim Darlehen, bei der Gebrauchsleihe und bei der Hinterlegung keine Gegenleistung, sondern die Folge der Hingabe. Auch der Ersatz für Aufwendungen des Entlehners, des Aufbewahrers oder des Beauftragten, stellt nicht eine Gegenleistung zu dem dar, was die genannten Personen aus dem Vertrage schulden; vielmehr handelt es sich hier um eine Nebenverpflichtung desjenigen, in dessen Interesse gehandelt worden ist – solche Aufwendungen müssen denn auch nicht in jedem Falle vorgekommen sein[9]. Gewisse unvollkommen zweiseitige Verträge können durch Verabredung einer Gegenleistung zu wesentlich zweiseitigen gemacht werden. Dies trifft zum Beispiel zu auf Darlehen, Hinterlegung oder Auftrag, die synallagmatische Verträge darstellen, sobald sie entgeltlich abgeschlossen werden.

Da bei unvollkommen zweiseitigen Verträgen nicht gegeneinander ausgetauscht wird, stellt sich die Frage nach der Abhängigkeit der wechselseitigen Pflichten nicht im gleichen Masse wie bei synallagmatischen Verträ-

---

6 Der aus dem Griechischen entstammende Ausdruck "synallagma" heisst denn auch nichts anderes als Austausch.

7 Vgl. hinten, S. 39 ff.

8 Vgl. hinten, S. 47 ff.

9 Von Tuhr/Peter, 149/150; Schönenberger/Jäggi, Art. 1 N. 118.

gen. Ist beispielsweise bei einem (unentgeltlichen) Hinterlegungsvertrag die Hauptleistung des ersten Schuldners (Uebergabe des zu hinterlegenden Gegenstandes) unmöglich geworden, so kommt die Leistungspflicht der Gegenseite (Aufbewahrung und Rückgabe) gar nicht erst zur Entstehung; tritt Unmöglichkeit dagegen erst später ein – kann also der Aufbewahrer nicht mehr erfüllen – so können sich Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Hinterlegers nicht mehr ergeben, weil dieser ja bereits erfüllt hat.

B. Contractus bilaterales aequales

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes liegt ein synallagmatischer Vertrag dann vor, wenn durch Parteivereinbarung auf beiden Seiten Leistungspflichten in der Weise begründet werden, dass sie "genetisch und funktionell" voneinander abhängen[10]. Als typische Vertreter wesentlich zweiseitiger Verträge sind etwa zu nennen: Kauf, Tausch, Miete, Arbeits- und Werkvertrag etc.[11].

In der Literatur sind verschiedene Versuche unternommen worden, das Wesen des Synallagma zu ergründen; eine einheitliche Auffassung hat sich indessen bis heute noch nicht durchzusetzen vermocht. Die folgenden Ansichten werden im wesentlichen vertreten:

a) Die älteste Theorie geht davon aus, dass die beidseitigen Leistungen voneinander abhängig seien. Ein jeder Kontrahent sei nur bereit zu leisten, damit er die Gegenleistung erhalte ("do ut des"). Die eine Leistung stelle deshalb den Gegenwert der anderen dar[12].

b) Dieser direkte Zusammenhang der beidseitigen Leistungen wird von anderen Autoren verneint. Sie sehen den synallagmatischen Zusammenhang

---

10 BGE 67 II 126.

11 Fast alle wichtigen Verträge des modernen Handelsverkehrs sind synallagmatische Verträge. Vgl. die Aufzählung im Besonderen Teil dieser Arbeit.

12 Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 82 N. 2 und 3; Becker, Art. 82 N. 7; Esser, 104; Heck, 128.

vielmehr in einer gegenseitigen Abhängigkeit der Leistungsversprechen[13]. Nach dieser, heute wohl verbreitetsten Ansicht, erfolgt die Leistung eines jeden Vertragspartners nicht um der Gegenleistung willen, sondern causa solvendi zur Erfüllung des eigenen Versprechens. Dieses, allerdings, steht – nach der angeführten Theorie – mit einem entsprechenden der Gegenpartei im Austauschverhältnis[14]. Die Leistungspflichten sind durch eine wechselseitige Zweckbeziehung miteinander verknüpft[15]. Synallagmatisch sind nach dieser Ansicht diejenigen Verträge, bei denen zwei Leistungspflichten derart miteinander verknüpft sind, dass sie einander gegenseitig als causa, d.h. als Zweck und Rechtsgrund der eigenen Zuwendung dienen[16].

c) Eine dritte Theorie ist von Schmidt-Rimpler entwickelt worden. Danach macht nicht die gegenseitige Abhängigkeit das Wesen des synallagmatischen Vertrages aus, sondern die gemeinsame Wertungsgrundlage. Es wird ausgeführt, dass jede Seite davon ausgehen dürfe, dass die von ihr versprochene Leistung nur richtig sei, wenn auch diejenige der Gegenpartei – wie versprochen – erbracht werde. Erweise sich diese Geschäftsgrundlage nachträglich als nicht vorhanden, so müssten die Folgen durch das Gesetz bestimmt sein oder in Praxis und Wissenschaft erarbeitet werden[17].

Diesen Erklärungsversuchen gemeinsam ist eine enge Verbundenheit der beidseitigen Leistungen in dem Sinne, dass die Rechte und Pflichten der einen Partei erst und nur so lange unangefochten Bestand haben, als jene der andern Seite richtig erfüllt werden. Auf Einzelheiten in den verschiedenen dogmatischen Erklärungsversuchen einzugehen erübrigt sich. Wichtiger sind im Rahmen dieser Arbeit die Rechtsfolgen, welche das Gesetz für den Fall einer Vertragsstörung vorgesehen hat.

---

13 Vgl. Koch, 23/24; Müller, 16; Hungerbühler, 20; Lehmann, 11; von Tuhr/Peter, 201; Koenig, 98; Fikentscher, 39.

14 Lehmann, 11.

15 Van den Daele, 15; Müller, 16.

16 Vgl. Müller, 13 ff.; Koch, 57.

17 Schmidt-Rimpler, 59 ff.

III. Materielle und zivilprozessuale Auswirkungen des Synallagma

A. Im allgemeinen

Hinsichtlich ihrer Entstehung weisen synallagmatische Verträge keinerlei Besonderheiten gegenüber anderen Verträgen auf; auch sie kommen durch übereinstimmende Willensäusserungen im Sinne von Art. 1 OR zustande. Erst das Auftreten allfälliger Entstehungsmängel hat zur Folge, dass der synallagmatische Zusammenhang sichtbar wird: Ist die eine Leistung, z. B. wegen ursprünglicher Unmöglichkeit nichtig, so fällt auch die Gegenverpflichtung dahin. Beide Verpflichtungen können nur miteinander entstehen, sie sind bereits im Entstehungsstadium voneinander abhängig (Genetisches Synallagma)[18].

Bei nachträglicher, unverschuldeter Unmöglichkeit erlischt nach allgemeiner Regel die Leistungspflicht auf Seiten des Betroffenen. Alsdann stellt sich bei synallagmatischen Verträgen die Frage, was mit der Gegenleistung zu geschehen habe. Die Regelung dieser Situation ist in Art. 119 Abs. 2 OR in dem Sinne vorgenommen worden, dass der freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung haftet und den Anspruch auf die noch nicht erfüllte Gegenforderung verliert[19]. Vom Bestand der eigenen Leistung hängt also der Bestand der Gegenverpflichtung ab (Konditionelles Synallagma)[20].

Am wichtigsten und augenscheinlichsten ist das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis im Stadium der Erfüllung (Funktionelles Synallagma). Es ist vom Gesetzgeber gleich in doppelter Hinsicht berücksichtigt worden: materiell-

---

18 Vgl. Müller, 18, mit Verweisen; von Tuhr/Escher, 61; van den Daele, 24.

19 Zu beachten ist allerdings Abs. 3 des genannten Artikels, in dem eine wichtige Ausnahme von dieser Regel stipuliert wird: Gehen Nutzen und Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder Uebereinkunft bereits vor der Erfüllung auf den Gläubiger über, so verliert der Schuldner die Gegenforderung nicht. Dies trifft gewöhnlich beim häufigsten aller synallagmatischen Verträge – beim Kauf – zu (Art. 185 OR).

20 Vgl. Müller, 20; van den Daele, 26. Vielfach wird nur zwischen genetischem und funktionellem Synallagma unterschieden und die konditionelle

rechtlich – durch eine besondere Verzugs- und Schadenersatzregelung in den Art. 107-109 OR – und prozessual – durch Schaffung besonderer Einredemöglichkeiten des zur Leistung Angehaltenen in den Art. 82-83 OR. Diese Auswirkungen des funktionellen Synallagma sollen im folgenden eingehender erörtert werden.

B. Das funktionelle Synallagma im besonderen

a) Verzugs- und Schadenersatzregelung

Bei Fixgeschäften und diesen gleichgesetzten Geschäften[21] kann die eine Partei bei Leistungsverzug der andern sofort zurücktreten. In allen andern Fällen muss dem säumigen Schuldner zuvor eine angemessene Nachfrist angesetzt werden. Erfolgt die Leistung innert dieser Zeit gleichwohl nicht, so hat der Gläubiger die in Art. 107 Abs. 2 aufgeführten drei Möglichkeiten:

1. Er kann immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen;

2. Er kann aber auch – sofern er dies sofort tut – auf die Leistung des Schuldners verzichten und Schadenersatz in der Höhe des positiven Vertragsinteresses verlangen. Mit Bezug auf die eigene Leistung gibt es dabei zwei Möglichkeiten, welche im Zusammenhang mit dem Handelskauf geregelt sind: Nach der Austauschtheorie[22] hat der Gläubiger seine eigene Leistung im Austausch mit dem Schadenersatz zu erbringen, nach der Differenztheorie[23] kann er sie unter Anrechnung ihres Wertes auf den Schadenersatz behalten[24];

Abhängigkeit der Leistungsverpflichtung dem letzteren zugerechnet (vgl. van den Daele, 23, Anm. 36).

21 Art. 108 und 190 OR.

22 Vgl. Guhl/Merz/Kummer, 229.

23 Vgl. Guhl/Merz/Kummer, 230.

24 Die Differenztheorie gilt bei Kaufverträgen im kaufmännischen Verkehr kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift. Ob sie auch im nichtkaufmännischen Verkehr (gewöhnlicher Kauf, Tausch und übrige synallagmatische Verträge) angewendet werden darf, ist umstritten. Ueberzeugende kantonale Entscheide (vgl. SJZ 37 (1940/41) 43; 51 (1955) 74; 58 (1962)

3. Als dritte Möglichkeit steht dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht zu. Dabei wird der Vertrag ex tunc aufgehoben, sodass die beidseitigen Leistungen – soweit schon erbracht – zurückzuerstatten sind. Der Gläubiger kann in diesem Falle lediglich den Ersatz des negativen Vertragsinteressens verlangen[25].

b) Zivilprozessuale Einredemöglichkeiten

Vor Erfüllung eines jeden (auch nicht synallagmatischen) Vertrages stellt sich die Frage nach der Fälligkeit der Erfüllung. Bei wesentlich zweiseitigen Verträgen kommt noch das Problem der Erfüllungsreihenfolge hinzu. Oft legen die Parteien vertraglich fest, ob eine – und falls ja, welche – der Parteien vor- bzw. nachzuleisten hat. Die Reihenfolge der Erfüllung kann sich aber auch aus Gesetz[26], aus der Natur des Geschäftes[27] oder aus der Verkehrssitte ergeben[28]. Fehlen gesetzliche Vorschriften und gebricht es auch an einer Parteivereinbarung, so bestimmt Art. 82 OR, dass die beidseitigen Erfüllungshandlungen zur gleichen Zeit (Zug um Zug) zu erfolgen haben. Im folgenden soll zuerst dieser Fall – der "klassische" bei wesentlich zweiseitigen Verträgen – betrachtet werden; danach sind die Verhältnisse bei Vor- bzw. Nachleistungspflicht einer Vertragspartei kurz zu behandeln.

306; ZBJV 79 (1943) 269) sowie namhafte Autoren (Guhl/Merz/Kummer, 231; Oftinger, Bundesgerichtspraxis, 147; von Büren I, 377; vgl. auch die in BGE 54 II 313 aufgeführten Autoren) sprechen sich für ihre Zulässigkeit aus (dagegen aber: von Tuhr/Escher, 155). Das Bundesgericht hat bis heute zu dieser Frage noch nie eindeutig Stellung genommen, der Sache nach aber eher für die Zulässigkeit argumentiert (BGE 65 II 171 ff.; 54 II 312 f.; vgl. Oftinger, Bundesgerichtspraxis, 149).

25 Vgl. BGE 90 II 294; 61 II 256.

26 Vorleistungspflicht ist z.B. vorgesehen für den Vermieter (Art. 262 Abs. 2 OR), Verpächter (Art. 286 Abs. 2 OR), Arbeitnehmer (Art. 323 OR), Verlaggeber (Art. 389 OR) etc.

27 Die Natur eines Kaufs aus Automaten bedingt die Vorleistungspflicht des Käufers.

28 So wird z.B. eine Konsumation (Kauf) im Restaurant gewöhnlich erst am Schluss bezahlt.

1. Bei Leistungspflicht Zug um Zug oder Vorleistungspflicht des fordernden Gläubigers: Die exceptio non adimpleti contractus

Die gegenseitige Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung beim synallagmatischen Vertrag wird besonders deutlich, wenn die Erfüllung Zug um Zug zu erfolgen hat oder wenn der fordernde Gläubiger vorleistungspflichtig ist. Für diesen Fall bestimmt Art. 82 OR, dass derjenige, welcher den andern zur Erfüllung anhalten wolle, entweder bereits selbst erfüllt haben oder Erfüllung angeboten haben müsse[29].

Der Gesetzestext von Art. 82 OR könnte zur Annahme verleiten, der Leistung fordernde Gläubiger müsse zuerst die eigene Erfüllung beziehungsweise die eigene Erfüllungsbereitschaft im Prozess beweisen, um seinen Anspruch durchsetzen zu können. Dies würde zum Ergebnis führen, dass der Richter von Amtes wegen – auch im Versäumnisverfahren – zu prüfen hätte, ob der Kläger vorgeleistet oder formrichtig angeboten habe[30]. In der Praxis sind diese Schlüsse nicht gezogen worden; vielmehr ist die herrschende Meinung der in § 320 des deutschen BGB zum Ausdruck gebrachten Ansicht gefolgt, wonach auch bei synallagmatischen Verträgen der Anspruch eines jeden Kontrahenten zunächst nicht auf einen Austausch, sondern auf die Leistung des Gegners gerichtet ist. Darum hat der Richter im konkreten Falle lediglich zu prüfen, ob die vom Kläger beanspruchte Leistung vom Beklagten geschuldet wird; um eine allfällige Gegenleistung hat er sich vorerst nicht zu kümmern. Er darf Art. 82 OR nicht von Amtes wegen anwenden[31]. Dem Beklagten ist es überlassen, durch Erhebung einer echten Ein-

---

29 Immerhin ist zu beachten, dass Art. 82 OR nur von der Erfüllungsreihenfolge synallagmatischer Leistungen handelt. Auch bei wesentlich zweiseitigen Verträgen können jedoch Leistungen vorkommen, die zueinander nicht in einem Abhängigkeits- und Austauschverhältnis stehen; diese Verhältnisse regelt Art. 82 OR nicht (von Tuhr/Escher, 63; Becker, Art. 82 N. 7; Oser/Schönenberger, Art. 82 N. 2 und 3; ZR 10 (1911) 59). Das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis ist zum Beispiel nicht gegeben, wenn ein Buchhalter wegen rückständigen Lohnes die Herausgabe von Geschäftsbüchern verweigert. Der Dienstvertrag stellt an sich zwar ein synallagmatischer Vertrag dar, die typische Abhängigkeit ist jedoch gegeben zwischen dem Zeitlohn und der Arbeitsleistung, nicht aber zwischen dem Lohn und dem Arbeitsprodukt (ZR 38 (1939) 195).

30 Vgl. von Tuhr/Escher, 59.

31 Vgl. BGE 76 II 298; 79 II 278 f.; Kummer, Art. 8 N. 268.

rede im Sinne der römischrechtlichen exceptio non adimpleti contractus, den Austauschcharakter des Vertrages zur Geltung zu bringen und seine eigene Leistung bis zur Erbringung der Gegenleistung zu verweigern[32].

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages setzt an sich ein einheitliches Rechtsverhältnis voraus. Dieses ist nicht gegeben, wenn der Schuldner seine Leistung mit dem Hinweis verweigert, der Gläubiger habe Verpflichtungen aus einem andern Vertrag nicht erfüllt[33, 34]. In der Praxis macht sich indessen zunehmend die Tendenz bemerkbar, an dieser Voraussetzung nicht mehr strikte festzuhalten und dem Schuldner zu erlauben, die Erfüllung seiner eigenen Pflichten weitgehend von der Erfüllung bestehender Pflichten des Vertragsgegners (auch aus anderen Verträgen) abhängig zu machen[35]. Für eine solche Entwicklung spricht bis zu einem gewissen Grade das Rechtsgefühl. Für den Kaufmann ist es nämlich kaum verständlich, dass er eine neue, noch in seinem Eigentum stehende Warenlieferung nicht verweigern können soll, wenn er für eine frühere, auf einem andern Vertrag basierende Lieferung nicht bezahlt worden ist; auf diese Weise läuft er Gefahr, nicht nur einmal, sondern gleich zweimal Geld zu verlieren. Das Bundesgericht ist dieser Tendenz bis heute nicht gefolgt. Es vertritt vielmehr strikte den Standpunkt, Leistung und Gegenleistung müssten aus ein und demselben Vertrag stammen[36].

Bezüglich der Beweislast nimmt die Einrede des nichterfüllten Vertrages eine Sonderstellung ein. Der Beklagte hat lediglich den synallagmatischen Charakter des Vertragsverhältnisses darzutun, worauf es dem klagenden

---

32 Vgl. von Tuhr/Escher, 60; Becker, Art. 82 N. 2; Oser/Schönenberger, Art. 82 N. 5 und 6; von Büren I, 464.

33 Becker, Art. 82 N. 14 und 16.

34 Ein einheitliches Rechtsverhältnis liegt jedoch vor bei Sukzessivlieferungs-, Raten- und Abzahlungsverträgen. Ferner ist auf ein einheitliches Rechtsverhältnis zu erkennen, wenn formell zwar zwei Verträge abgeschlossen worden sind, aus dem wirtschaftlichen Zusammenhang die absichtliche Vermeidung eines einheitlichen Vertrages aber zwingend hervorgeht (Becker, Art. 82 N. 15).

35 ZBJV 73 (1937) 442; ZR 34 (1935) 45; Müller, 94; von Büren I, 468.

36 BGE 84 II 150; 44 II 74; vgl. auch ZR 47 (1948) 136; 5 (1906) 241.

Gläubiger obliegt, die eigene Erfüllung bzw. Erfüllungsbereitschaft zu beweisen[37, 38]. Nur wenn der Beklagte die Leistung des Klägers vorbehaltlos als Erfüllung angenommen hat und sie erst nachträglich bemängelt, um seine Gegenleistung nicht erbringen zu müssen, ist die Beweislast umgekehrt; dann trifft sie den Beklagten ebenso, wie wenn er nachträglich richtige Erfüllung verlangen würde[39].

Zusammenfassend stellen sich die zivilprozessualen Verhältnisse im Zusammenhang mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages bei synallagmatischen Vereinbarungen mit dem eingangs erwähnten Erfüllungsmodus wie folgt dar: Der Gläubiger behauptet, gegenüber dem Schuldner eine Forderung zu besitzen. Letzterer verteidigt sich, indem er die exceptio non adimpleti contractus erhebt, wodurch die Zweiseitigkeit des Geschäfts (erst) zur Sprache kommt. Gelingt dem beklagten Schuldner der Beweis für die synallagmatische Struktur des Vertragsverhältnisses, so stehen dem Gläubiger grundsätzlich drei Möglichkeiten offen:

1. Er kann behaupten, trotz Vorliegens eines zweiseitigen Vertrages könne ihm der konkret geltend gemachte Anspruch nicht entgegengehalten werden, weil es sich dabei um eine jener Verpflichtungen handle, die mit der eigenen nicht im Austauschverhältnis stehe.

2. Er kann aber auch behaupten, er habe die Gegenleistung erbracht und richtig erbracht bzw. es habe seinerseits rechtsgenügende Erfüllungsbereitschaft bestanden; für diese Behauptungen ist er grundsätzlich beweispflichtig.

3. Schliesslich kann der Gläubiger bei gewissen Verträgen (insbesondere beim Kauf- oder Werkvertrag) behaupten, eine Mängelrüge seitens des Beklagten sei nicht oder verspätet erfolgt, die Eigenleistung sei also

---

37 BGE 79 II 277 ff.; 76 II 299; von Tuhr/Escher, 64; Becker, Art. 82 N. 27; Oser/Schönenberger, Art. 82 N. 7; Guldener, Beweiswürdigung, 69; Kummer, Art. 8 N. 266 (vgl. jedoch hinsichtlich des Beweises des synallagmatischen Charakters abweichende Ansicht in N. 271).

38 Diese Beweislastverteilung entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass Erfüllung stets vom Schuldner zu beweisen ist.

39 Von Tuhr/Escher, 64 f.; BGE 59 I 257.

vorbehaltlos angenommen worden. Kann diese Behauptung vom Beklagten nicht sofort widerlegt werden, so ist die Beweislast umgekehrt. In der Annahme liegt eine – wenigstens vorläufige – Anerkennung der Vertragskonformität der Gegenleistung. Der nachträglich Mängel behauptende Schuldner muss deshalb sowohl die Schlechterfüllung als auch die fristgerechte Mängelrüge beweisen. Dies ist die Theorie und Praxis die vorherrschende Auffassung[40].

2. Bei Vorleistungspflicht des Beklagten

Die Regeln des Art. 82 OR und die Einrede des nichterfüllten Vertrages kommen dann nicht zur Anwendung, wenn der beklagte Schuldner vorleistungspflichtig ist, der Kläger also nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat. Solange diese Vorleistungspflicht besteht, stellen sich die Verhältnisse nicht anders dar als bei einseitigen Verträgen. Der Beklagte wird zur Leistung verpflichtet ohne Rücksicht darauf, ob er seinerseits Erfüllung erwirken kann oder nicht.

Statt die exceptio non adimpleti contractus des Schuldners durch den Nachweis der eigenen Leistung bzw. Leistungsbereitschaft zu entkräften, kann der fordernde Gläubiger deshalb auch den Beweis dafür erbringen, dass Vorleistung des Beklagten abgemacht oder gesetzlich vorgesehen gewesen ist[41]. Die Stellung des Schuldners wird dann prekär, wenn er fürchten muss, seine Gegenleistung infolge schlechter Zahlungsmoral oder schlechter Finanzlage des Vertragsgegners gar nicht oder nur unter Schwierigkeiten eintreiben zu können. Dieses Risiko liegt indessen in der Natur jeder Vorleistungspflicht. Aus diesem Grunde hat das Gesetz Kautelen nur für den extremsten Fall geschaffen: Ist der andere Teil zahlungsunfähig geworden, in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet worden, und wird dadurch der Anspruch des Vorleistungspflichtigen gefährdet, so ist letzterer berechtigt, seine eigene Leistung zurückzubehalten, bis ihm die Gegenleistung sicher-

---

40 Vgl. BGE 59 I 257; Becker, Art. 197 N. 19/20; Oser/Schönenberger, Art. 82 N. 9 und Art. 197 N. 18; von Tuhr/Escher, 64 f.

41 Oser/Schönenberger, Art. 82 N. 11; Kummer, Art. 8 N. 269.

gestellt wird[42, 43]. Geschieht dies nicht innert angemessener Frist, so kann er vom Vertrage zurücktreten. In allen andern Fällen muss der Vorleistungspflichtige – trotz Gefährdung seines Anspruches – erfüllen und ist dann gezwungen, klageweise gegen den Vertragspartner vorzugehen, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt.

---

42 Vgl. Art. 83 OR.

43 Eine wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des Gläubigers genügt für sich allein noch nicht; notwendig ist Zahlungsunfähigkeit, und diese muss nach Vertragsabschluss eingetreten sein (Oser/Schönenberger, Art. 83 N. 5 und 10).

§ 5 BETREIBUNGSRECHTLICHE FOLGEN DER ZWEISEITIGKEIT SYNALLAGMATISCHER VERTRAEGE

I. Problemstellung

Die Parteien, welche einen synallagmatischen Vertrag eingehen, sind sich des Umstandes, dass die gegenseitigen Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen, bewusst. Möglicherweise hat gerade dieses Wissen den Ausschlag für den Vertragsschluss gegeben, indem jede Seite in der eigenen Leistung ein wirksames Druckmittel zur Erlangung der Gegenleistung erblickt hat. Anerkennt man den wesentlich zweiseitigen Vertrag als Rechtsöffnungstitel, so muss gewährleistet sein, dass der synallagmatische Charakter auch in der Vollstreckungsphase beachtet wird. Wie ist dieses Ziel – falls überhaupt – in Theorie und Praxis erreicht worden?

II. Nichtbeachtung des Grundsatzes im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz

Im SchKG fehlt eine gesetzliche Regelung analog derjenigen in Art. 82 OR, mit welcher der Betriebene den Austauschcharakter einer synallagmatischen Forderung im Rechtsöffnungsprozess zur Geltung bringen könnte, denn die Schuldbetreibung ist auf die Vollstreckung einseitiger Leistungspflichten ausgerichtet[1]. Wegen der verschiedenartigen Zielsetzung von Rechtsöffnungsverfahren und ordentlichem Zivilprozess geht es zudem nicht an (auch wenn es oft gemacht wird), ohne weiteres zivilprozessuale Grundsätze auf den Rechtsöffnungsprozess zu übertragen. Die Lösung des Problems muss vielmehr in Sinn und Zweck des Vollstreckungsrechtes gesucht werden.

Im folgenden sind zuerst die diesbezüglichen Versuche der Gerichtspraxis darzustellen; danach ist nach einer eigenen Lösungsmöglichkeit zu forschen.

---

1 Vgl. BGE 79 II 282 E. 2.

III. Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung

A. Allgemeines

Das Rechtsöffnungsverfahren ist – abgesehen von einigen wenigen bundesrechtlichen Vorschriften – kantonal geregelt. In jedem Kanton ist daher die Entwicklung nach eigenen Grundsätzen und zeitlich verschoben verlaufen, wenn auch die diversen Entwicklungsstufen etwa ähnlich ausgesehen haben mögen. In allen Kantonen wurden früher – wie bereits mehrfach angetönt – Rechtsöffnungsgesuche regelmässig abgewiesen, wenn sie sich auf zweiseitige Verträge stützten[2]. Dringende praktische Bedürfnisse sowie der Einfluss der Lehre, welche sich von jeher gegen eine solch starre Praxis gewandt hatte[3], führten mit der Zeit jedoch zu einer gewissen Lockerung. Heute werden zweiseitige Verträge ganz allgemein als Rechtsöffnungstitel anerkannt, sofern erstellt ist, dass der Kläger die eigene Leistung gehörig erbracht hat.

So einfach diese Grundregel auch scheinen mag, so verschieden wird sie in der Praxis gehandhabt. Einigkeit besteht einzig darüber, dass der klagende Betreibungsgläubiger die grundsätzliche Beweislast für die Erbringung der eigenen Leistung trägt; mit Bezug auf die Art dieses Nachweises sowie hinsichtlich der Beweisverteilung bei Einwendungen des Beklagten, werden jedoch die verschiedensten Ansichten vertreten:

a) Die wohl verbreitetste Meinung vertritt den Standpunkt, der Gläubiger müsse die Erbringung der eigenen Leistung behaupten und liquide beweisen[4], falls der Schuldner diese Tatsache bestreite[5]. Hierbei

---

2 Vgl. ZBJV 28 (1892) 443; 36 (1900) 103 u.a.

3 Vgl. Archiv I, 80; II, 116 und 141; III, 129; IV, 23; Jaeger, Art. 82 N. 4; Brunner, 85 ff.

4 ZR 52 (1953) 298; ZBJV 87 (1951) 261; BlSchK 1 (1937) 165; SJZ 62 (1966) 347; Maximen 1968, 666.

5 Erhebt der Schuldner die Einrede der Nichterfüllung des Vertrages im Rechtsöffnungsverfahren nicht, so hat sich der Richter nach der genannten Auffassung mit der Frage der Gegenleistung nicht von Amtes wegen zu befassen (vgl. BlSchK 9 (1945) 171; ZBJV 81 (1945) 407; Maximen 1944, 251; Caprez, SJK Nr. 185, S. 5; vgl. auch BGE 76 II 298). Vielfach wird eine substantiierte Bestreitung verlangt (vgl. ZBJV 74 (1938) 312; BlSchK 9 (1945) 171; ZBJV 81 (1945) 407).

wird oft ein Urkundenbeweis[6] verlangt. Häufig genügt auch jede andere Art von Beweis, z. B. ein solcher aus den Umständen[7]. Verschiedene Gerichtsurteile und auch Fritzsche halten demgegenüber dafür, auch die Erbringung der eigenen Leistung müsse vom Gläubiger nicht nachgewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden[8].

b) Noch unterschiedlicher sind die Ansichten, wenn es um den Nachweis der Gehörigkeit der eigenen Leistung geht. Wer trägt die Beweislast, wenn der Beklagte nicht grundsätzlich die Erbringung der gegnerischen Leistung bestreitet, sondern nur ihre Vertragskonformität? Drei Hauptansichten werden vertreten:

1. Die nachfolgend zu behandelnde "Basler Rechtsöffnungspraxis" steht auf dem Standpunkt, der Beklagte müsse die Vertragsgemässheit der klägerischen Leistung lediglich bestreiten, um das Rechtsöffnungsgesuch zu Fall zu bringen. Eine Glaubhaftmachung der Einwände sei nicht erforderlich, weil der Beweis der Mängelfreiheit zum Klagefundament des Betreibungsgläubigers gehöre. Nach dieser Ansicht verliert der Vertrag seine Tauglichkeit als Rechtsöffnungstitel nur dann nicht, wenn die Einwendungen offensichtlich haltlos sind oder wenn der Gläubiger durch liquiden Urkundenbeweis sofort die Bonität seiner Erfüllung nachweist[9].

2. Eine andere, wenn auch nur teilweise abweichende Ansicht geht dahin, der Beklagte habe seine Einwendungen aus dem Vertrag im allgemeinen zwar – wie oben – nicht glaubhaft zu machen, jedoch mit folgender Einschränkung: Wenn durch Gesetz oder Uebung genaue Prüfungs- und Rügefristen festgelegt seien (z. B. bei Kauf- oder Werkverträgen), dann genüge die blosse Erhebung der Mängeleinrede nicht. In diesem

---

6 So nach der "Basler Praxis", vgl. hinten, S. 50ff; Blocher, 184ff.; Staehelin, 19; Gassmann, 54; Caprez, SJK Nr. 185, S. 5; SJZ 57 (1961) 128f.

7 Panchaud/Caprez, § 70, 92/93, Nrn. 3, 4, 5 und 15; vgl. auch Jaeger, Art. 82 N. 4.

8 SJZ 31 (1934/35) 15; 25 (1928/29) 138; Fritzsche I, 148; Panchaud/Caprez, § 70, 92, Nrn. 6 und 8; Schweizerische Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht sowie für Zivilprozessrecht, 1917, 58.

9 Vgl. Blocher, 185; Staehelin, 19; Früh, 105; Hinderling, 256; ZR 52 (1953) 57ff. und 296 ff.

Fall habe der Beklagte überdies eine rechtzeitige und formrichtige Mängelrüge geltend und glaubhaft zu machen[10]. Versäumt der Schuldner rechtzeitige Prüfung und Anzeige, oder kann er sie im Rechtsöffnungsverfahren nicht glaubhaft machen, so wird bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen provisorische Rechtsöffnung erteilt, ohne dass der Kläger die Mängelfreiheit seiner eigenen Leistung nachzuweisen hätte.

3. Für den Berteibenden am günstigsten ist jedoch die basellandschaftliche Praxis, wonach der Beklagte sämtliche Einwendungen, auch diejenigen aus zweiseitigen Verträgen, soweit sie sich nicht gerade auf die Nichtlieferung der Gegenleistung beziehen, glaubhaft zu machen hat[11]. Nach dieser Ansicht hat der Kläger die grundsätzliche Erbringung der Eigenleistung zwar gleichfalls zu beweisen (wie unter a), liegt dieser Beweis jedoch vor, so unterscheidet sich ein zweiseitiger Vertrag nicht mehr von einem andern Rechtsöffnungstitel: Sämtliche Einwendungen hiegegen, insbesondere auch, die Erfüllung sei mangelhaft, sind vom Betriebenen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen. Gelingt dies nicht, so wird provisorische Rechtsöffnung erteilt.

B. Die "Basler Rechtsöffnungspraxis" bei zweiseitigen Verträgen

Die Entwicklung der Rechtsöffnungspraxis im Kanton Baselstadt soll hier dargelegt werden, weil sie einerseits für alle Kantone typisch ist, andrerseits aber auch, weil sie mit Bezug auf zweiseitige Verträge besonders fein ausgestaltet ist. Man hat dort versucht, gewisse allgemeingültige Kriterien für die Rechtsöffnung auf Grund zweiseitiger Verträge zu finden. Sie seien im folgenden kurz aufgezeigt:

---

10 BlSchK 1 (1937) 130; ZR 52 (1953) 57; der Sache nach ebenso: SJZ 31 (1934/35) 15; in ähnlichem Sinne: Maximen 1964, 361, wo das Fehlen oder die Verspätung einer Mängelrüge als Beweis für richtige Erfüllung gewertet wird.

11 Amtsbericht 1969, 47; BJM 1970, 84; SJZ 67 (1971) 26; die Auffassung, dass der Betriebene auch eine allfällige Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstandes glaubhaft zu machen habe, erscheint auch in Panchaud/Caprez, § 73, 96; BlSchK 9 (1945) 173; Gassmann, 55.

In einer frühesten Phase wurden zweiseitige Verträge auch durch die Gerichte von Baselstadt nicht als Rechtsöffnungstitel anerkannt. Später wurde darauf abgestellt, ob der Betriebene eine Einrede aus dem zweiseitigen Vertrag erhob oder nicht. Tat er dies, so galt der Vertrag automatisch nicht mehr als Rechtsöffnungstitel; einer Glaubhaftmachung bedurfte es nicht. Schliesslich wurde dem Kläger jedoch gestattet, die Einrede durch den sofortigen urkundlichen Gegenbeweis zu entkräften[12]. In einem Urteil vom 26. März 1947 hat dann das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt diese Rechtsprechung noch mehr verfeinert und folgendes festgestellt:

"Nach Art. 82 SchKG kann provisorische Rechtsöffnung nur beim Vorliegen einer Schuldanerkennung bewilligt werden. Dabei muss es sich um eine vorbehaltlose Anerkennung handeln. Ein zweiseitiger Vertrag, bei welchem regelmässig die Pflicht zur Erbringung der eigenen Leistung grundsätzlich und auch in quantitativer Hinsicht davon abhängt, dass die Gegenleistung vertragsgemäss erfolgt, stellt – soweit er ein Zahlungsversprechen enthält – keine vorbehaltlose Schuldanerkennung dar. Ein zweiseitiger Vertrag kann als Rechtsöffnungstitel nur dienen unter folgenden alternativen Voraussetzungen:

a) wenn der Rechtsöffnungsbeklagte nicht bestreitet, dass der Rechtsöffnungskläger seinerseits den Vertrag erfüllt hat;
b) wenn der Beklagte zwar bestreitet, dass der Kläger vertragsgemäss erfüllt hat, seine Einwendungen aber offensichtlich haltlos sind;
c) wenn der Kläger gegenüber einer Bestreitung des Beklagten durch Urkunden in liquider Weise und bei einer Prüfung, wie sie im summarischen Verfahren in einer Verhandlung erfolgen kann, nachweist, dass er seine Vertragsleistung gehörig bewirkt hat;
d) endlich dann, wenn der Beklagte gemäss Vertrag vorzuleisten hat.

Natürlich stehen dem Beklagten ausser dieser Einrede des nichterfüllten Vertrages auch alle Einwendungen zu, welche geeignet sind, in glaubhafter Weise die Schuldanerkennung zu entkräften (Art. 82 Abs. 2 SchKG)."[13]

---

12 Vgl. Hinderling, 255; Blocher, 185.

13 Blocher, 184f.

Die "Basler Rechtsöffnungspraxis", wie sie in Literatur und Gerichtsentscheiden oft genannt wird, hat bei Beachtung der vom Appellationsgericht herausgeschälten Kriterien den Vorteil, übersichtlich und klar zu sein. Es ist den Parteien zum voraus möglich, die Tauglichkeit eines zweiseitigen Vertrages als Rechtsöffnungstitel in etwa abzuschätzen, und sie wissen auch, ob Einwendungen bloss vorgebracht oder aber glaubhaft gemacht werden müssen. Verschiedene Kantone haben deshalb die "Basler Rechtsöffnungspraxis" ausdrücklich übernommen[14] oder urteilen zumindest nach ähnlichen Kriterien[15]. Andere wiederum distanzieren sich ausdrücklich von den strengen Auslegungsgrundsätzen dieser Gerichtspraxis[16].

IV. Kritik

Für den Gläubiger aus einem zweiseitigen Vertrag ist die heutige Situation – jedenfalls dann, wenn im betreffenden Kanton die Basler Praxis nicht angewandt wird – unbefriedigend. Es ist für ihn meist ausserordentlich schwierig zu beurteilen, ob er mit einem allfälligen Rechtsöffnungsgesuch beim zuständigen Richter wird durchdringen können oder nicht. Er weiss auch nicht, welche Massstäbe an seine Beweisführung gesetzt werden und wie streng die Praxis mit Bezug auf Einwendungen des Schuldners ist. Während sich der Gläubiger in einzelnen Kantonen anhand einer mehr oder weniger konsequenten Gerichtspraxis noch einigermassen orientieren kann, wird die Situation für ihn vollends unübersichtlich, wenn er um Rechtsöffnung in einem fremden Kanton ersuchen muss. Derselbe Vertrag kann unter den gleichen Voraussetzungen bei verschiedenen Richtern zu entgegengesetzten Entscheiden führen. Im einen Fall erlangt der Gläubiger Rechtsöffnung, wenn er seine eigene Leistung nur glaubhaft macht, im andern muss er sie liquid oder gar mittels Urkunden beweisen. Während es beim einen Gericht zur Abweisung des Begehrens genügt, dass der Beklagte Einwendungen aus dem Vertrag erhebt, muss er sie beim andern glaubhaft ma-

---

14 So z. B. Zürich, vgl. ZR 52 (1953) 296; 77 (1978) 15 ff.

15 Nach ähnlichen Grundsätzen urteilen z. B. die Luzerner Gerichte.

16 Basel-Land, vgl. Amtsbericht 1969, 47; BJM 1970, 83.

chen. Der Gläubiger, der zur Durchsetzung seiner Forderung den Weg über das Rechtsöffnungsverfahren wagt, riskiert deshalb, doch noch im ordentlichen Verfahren klagen zu müssen und dabei Zeit und Geld zu verlieren.

Es zeigt sich hier wiederum deutlich das Fehlen einer ordentlichen, überkantonalen Rechtsmittelinstanz, welche eine verbindliche, in jedem Kanton zu beachtende Auslegung von Art. 82 SchKG vornehmen könnte. An dieser Stelle soll deshalb der Versuch unternommen werden, systematisch vertretbare, den Erfordernissen der täglichen Praxis angepasste und dem Wesen synallagmatischer Verträge entsprechende Kriterien herauszuschälen, anhand derer die Rechtsprechung vereinheitlicht werden kann. Besonderes Gewicht wird dabei auf eine klare Beweislastverteilung und auf die Bestimmung des jeweiligen Beweisumfanges gelegt. Es muss die Parteien interessieren, ob gewisse Tatsachen und Behauptungen durch Urkunden, anderweitige Beweismittel oder durch Glaubhaftmachung belegt sein müssen, oder ob gar die Behauptungen allein genügen. Je nachdem wird der Prozess gewagt werden können oder nicht.

V. Lösungsversuch

A. Entscheidungskriterien

a) Vorbemerkungen

Wird ein zweiseitiger Vertrag als Rechtsöffnungstitel anerkannt, so ergibt sich eine Ungleichheit für die Parteien in dem Falle, in dem lediglich die eine Seite in Geld zu leisten hat. Der Vertrag wirkt dann nur einseitig zu Gunsten der Geld empfangenden Partei als Rechtsöffnungstitel, während die andere Partei zur Durchsetzung ihres Gegenanspruches in Form von Ware, Arbeit usw. den ordentlichen Prozessweg beschreiten muss. Aus diesem Grunde, vor allem aber auch wegen der nachfolgend zu besprechenden Unsicherheiten mit Bezug auf das Zahlungsversprechen, ist eine zurückhaltende Rechtsöffnungspraxis – wie bis anhin – heute noch am Platz.

b) Die Abwehrmöglichkeiten im allgemeinen und der Begriff der Titelqualität

Die Abwehrmöglichkeiten des Schuldners gegenüber einem auf zweiseitigem Vertrag beruhenden Rechtsöffnungsbegehren sind grundsätzlich dieselben wie bei den übrigen (einseitigen) Rechtsöffnungstiteln: Der Betriebene kann Einreden gegen das Verfahren (prozessuale), gegen den Titel (betreibungsrechtliche) oder gegen die Schuld an sich (materielle) geltend machen[17].

Zu präzisierenden Bemerkungen geben in diesem Zusammenhang lediglich die Einreden gegen den Titel Anlass: Eine vollstreckbare Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 Abs. 1 SchKG kann (auch) ein synallagmatischer Vertrag nur darstellen, wenn "der Tatbestand, auf welchen sich die Willenserklärung stützt" wirklich gegeben ist[18]. Zu diesem Tatbestand gehört regelmässig die vertragskonforme Erbringung der Gegenleistung durch die andere Vertragspartei, denn nur für diesen Fall ist Zahlung versprochen worden, und nur unter dieser Voraussetzung kann der Vertrag grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel in Frage kommen. Zum Klagefundament des aus einem synallagmatischen Vertrag Betreibenden gehört deshalb notwendigerweise der Beweis dafür, dass er selber vertragsgemäss erfüllt hat bzw. dafür, dass er hiezu aus gesetzlichen oder vertraglichen Gründen nicht verpflichtet gewesen ist. Erst wenn diese Tatsache im Sinne einer betreibungsrechtlichen Voraussetzung erwiesen ist, erlangt der wesentlich zweiseitige Vertrag der Qualität eines Rechtsöffnungstitels. Die Einreden des Schuldners, welche sich auf das Fehlen einer Gegenleistung oder auf mangelhafte Erfüllung beziehen, fallen deshalb nicht unter Art. 82 Abs. 2 SchKG, sondern richten sich gegen die Schuldanerkennung als solche, mithin gegen das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG überhaupt.

Die in diesem Zusammenhang auftretenden Probleme sollen im folgenden jeweils unter dem Begriff der Titelqualität behandelt werden.

---

17 Vgl. vorn, S. 23 ff.

18 Vgl. Definition Schuldanerkennung, vorn, S. 19 f.

c) Titelqualität des Vertrages bei Leistungspflicht Zug um Zug oder Vorleistungspflicht des fordernden Gläubigers

Damit ein derart ausgestalteter synallagmatischer Vertrag als Schuldanerkennung und Rechtsöffnungstitel in Frage kommen kann, müssen – wie erwähnt – zwei betreibungsrechtliche Voraussetzungen gegeben sein: Der Gläubiger muss sich 1. von seiner eigenen Leistungspflicht befreit haben und seine Erfüllung muss 2. eine gehörige sein. Die beiden Prüfungskriterien sind nachfolgend einzeln zu untersuchen:

1. Nachweis der eigenen Leistung

1.1. Durch Beweis der Vorleistung

Die Eigenleistung muss jedenfalls dann als erbracht gelten, wenn der Gläubiger vorgeleistet hat. Dies ist für ihn jedoch mit dem Nachteil verbunden, dass der Beklagte die Verfügungsgewalt über die Leistung des Gläubigers erhält, bevor letzterer selber im Besitze der Gegenleistung ist. Der Betreibende riskiert, die eigene Leistung auf diese Weise zu verlieren und die Gegenleistung letzten Endes doch nicht eintreiben zu können. Es fragt sich daher, ob nicht ein anderer Weg dem ursprünglichen Ziel der Parteien – Leistungsaustausch – besser gerecht wird; dieser muss in einer bestimmten Hinterlegungsart erblickt werden.

1.2. Durch Beweis der Hinterlegung

Indem der Beklagte nicht so annehmen will, wie es dem Rechtsverhältnis entspricht (nämlich gegen Erbringung der eigenen Leistung), versetzt er sich in Annahmeverzug. Dies wiederum berechtigt den Gläubiger, die geschuldete Leistung im Sinne der Art. 92 ff. OR zu hinterlegen und die Gegenleistung zu fordern[19]. Dabei muss die Hinterlegung aber so vorgenom-

19 Vgl. Guldener, 610.

men werden, dass ein Vertrag zugunsten des Gläubigers (hier: Betreibungsschuldner) entsteht, letzterer also selbständig die Erfüllung verlangen kann; eine gewöhnliche Einlagerung ohne Forderungsrecht des Betriebenen hätte keine schuldbefreiende Wirkung[20]. Wird die Hinterlegung erst noch mit der Massgabe verlangt, dass der Beklagte Herausgabe erst erlangen könne, wenn er sich über die eigene Erfüllung ausweise[21], so kann auf einfache Weise erreicht werden, dass die im zweiseitigen Vertrag enthaltene Schuldanerkennung betreibungsfähig wird, ohne dass der Betriebene die Leistung des Gläubigers vorzeitig in Händen hätte. Die hinterlegte Sache kann dann solange zurückgenommen werden, als der Betreibungsschuldner die vertragskonforme Annahme (d. h. unter Erbringung der vom Betreibenden gewünschten Leistung) nicht erklärt.

Durch Hinterlegung in derselben Art und Weise kann sich der Betreibungsgläubiger auch von der eigenen Leistungspflicht befreien, wenn der andere nicht Zahlung, sondern bereits die Annahme der Gläubigerleistung verweigert. Einzige Voraussetzung ist dabei, dass es sich um eine hinterlegungsfähige Sache handelt, z. B. um unverderbliche Ware, um ein körperliches Werk oder um das gegenständliche Produkt eines immateriellen Auftrages. Ist nach der Beschaffenheit der Sache oder nach der Art des Geschäftsbetriebes eine Hinterlegung nicht tunlich, oder ist die Sache dem Verderben ausgesetzt, so kann sie der Schuldner nach vorgängiger Androhung mit Bewilligung des Richters auch öffentlich verkaufen lassen und den Erlös hinterlegen[22].

Nach ausdrücklicher Vorschrift des Art. 82 OR genügt im materiellen Prozess das Angebot der eigenen Leistung anstelle der Hinterlegung, um fordern zu können. In der auf einseitige Leistungspflichten ausgerichteten Schuldbetreibung kann dies nicht genügen. Die Schuldanerkennung des Betriebenen wird erst wirksam, wenn die Gegenleistung tatsächlich in seine unmittelbare Verfügungsgewalt verbracht wird. Der "Tatbestand, auf welchen sich die Willenserklärung stützt", liegt nicht vor, wenn Real- oder

---

20 Maximen 1960, 624/625; BlSchK 27 (1963) 7.

21 Vgl. Guldener, 610.

22 Art. 93 OR.

blosse Verbaloblation erfolgt ist. Erst Hinterlegung bringt gewöhnlich die Eigenleistung so nahe an den Betreibungsschuldner heran, dass der Betreibungsgläubiger befreit wird und den Zahlungsbefehl erlassen kann[23].

1.3. Beweisrechtliche Probleme

Die Behauptung des Klägers, er habe seine eigene Vertragspflicht erfüllt, gehört notwendigerweise zum Fundament eines auf zweiseitigen Vertrag gestützten Rechtsöffnungsbegehrens. Verschieden wird indessen die Frage beantwortet, wie im Bestreitungsfalle der Nachweis für die Vorleistung oder die Hinterlegung zu erfolgen habe. Streitig ist insbesondere, ob ein Urkundenbeweis erforderlich sei oder ob bereits die Glaubhaftmachung genüge. Die Antwort ist durch Auslegung der Art. 80 ff. SchKG zu ermitteln.

Weder dem Sinn noch dem Wortlaut von Art. 82 SchKG entspricht es, wenn vom Gläubiger lediglich ein Wahrscheinlichkeitsbeweis seiner Eigenleistung verlangt wird. Mit Bezug auf den Forderungstitel schreibt das Gesetz ausdrücklich einen Urkundenbeweis vor und will damit den Rechtsöffnungsweg denjenigen Gläubigern vorbehalten, die sich über besonders liquide Verhältnisse ausweisen können. Solch klare Verhältnisse liegen nicht vor, solange die Wirksamkeit der Schuldanerkennung in Zweifel steht. Dass der Beklagte seine Einwendungen hinsichtlich der Schuld bloss glaubhaft zu machen hat, beruht auf ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift; mit Bezug auf den klägerischen Beweis einer Schuldanerkennung fehlt hingegen eine solche Beweiserleichterung durch den Gesetzgeber. Die Glaubhaftmachung der Eigenleistung genügt daher nicht.

Bei der Prüfung der Frage, ob ein Urkundenbeweis unter allen Umständen notwendig sei, muss nochmals auf die früher entwickelte Definition der Schuldanerkennung zurückgegriffen werden. Es ergibt sich dann deutlich, dass ein Umständebeweis, d.h. ein liquider Beweis mit allen verfügbaren Beweismitteln genügen muss: "Schuldanerkennung im Sinne des Gesetzes

---

23 Vgl. BGE 79 II 282; Staehelin, 20; a.M. BJM 1957, 273, wonach bereits das Angebot der Lieferung genügen soll.

ist die Willensäusserung einer Person, wodurch sie das Vorhandensein einer Schuldpflicht ihrerseits bestätigt, wobei sich zugleich aus den bestehenden Verhältnissen ergeben muss, dass der Tatbestand, auf welchen sich die Willenserklärung stützt, wirklich gegeben ist". Praktisch wird der Gläubiger allerdings um einen Urkundenbeweis der Eigenleistung kaum je herumkommen, sind andere Beweismittel im summarischen Rechtsöffnungsprozess doch selten zur Hand. Immerhin können als Beweis der Gläubigerleistung grundsätzlich auch Zugaben des Betriebenen oder das Wissen des Richters in Betracht kommen. Meist wird es dem Betreibenden zudem mit wenig Aufwand möglich sein, sich die Erbringung der Eigenleistung beweismässig zu sichern; er braucht dazu lediglich einen Lieferschein, Empfangsschein, Arbeitsrapport etc. vom Vertragspartner unterschreiben zu lassen, den er dann im Rechtsöffnungsprozess vorweisen kann.

2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Zum "Tatbestand, auf welchen sich die Willenserklärung des Schuldners stützt", und der gegeben sein muss, wenn Rechtsöffnung gewährt werden soll, gehört auch die Fehlerlosigkeit der Eigenleistung. Es gilt nämlich zu vermeiden, dass der Gläubiger auf dem Weg der einseitig ausgerichteten Schuldbetreibung Vorteile gegenüber dem ordentlichen Prozessweg erlangen kann, auf dem er sich die exceptio non rite adimpleti contractus entgegenhalten lassen müsste[24]. Im Streitfall ist daher im Rechtsöffnungsprozess zu prüfen, ob die vom Gläubiger erbrachte Leistung gehörig gewesen ist oder nicht.

2.1. Allgemeine Beweisregel

Dem Grundsatz, dass der Gläubiger für das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels beweispflichtig ist, würde entsprechen, dass er auch die Vertragskonformität der erbrachten Leistung zu beweisen hätte. Positiv wäre

---

24 Vgl. BGE 79 II 282.

ein solcher Beweis ohne Mitwirkung des Schuldners allerdings praktisch kaum je zu erbringen; der Betreibungsgläubiger wäre deshalb gezwungen, in einer unerreichbaren Vielzahl und Dichte von Negativbeweisen darzutun, dass alle erdenklichen Mängel im konkreten Falle ausgeblieben sind.

Es ist einleuchtend, dass eine solche Beweisverteilung nach dem Grundsatz "negativa indefinita non sunt probanda"[25] nicht in Frage kommen kann. Vielmehr muss Abhilfe in einer Umkehr der Beweislast gesucht werden, sodass Erfüllungsmängel vom Betriebenen zu behaupten und darzulegen sind. Dabei muss allerdings die Glaubhaftmachung genügen; die Auferlegung des vollen Beweises wäre mit der sonstigen Ausgestaltung des Rechtsöffnungsprozesses nicht vereinbar[26].

Für eine Umkehr der Beweislast im obgenannten Sinne sprechen noch zwei weitere – eher praktisch orientierte – Ueberlegungen: Zum einen obliegt es auch im materiellen Prozess dem Beklagten, Schlechterfüllung zu beweisen, sofern er die Leistung des Vertragspartners angenommen hat[27]; zum andern kann sich der Leistende eine Bescheinigung der Vertragskonformität durch den Empfangenden nicht so leicht verschaffen wie eine Bescheinigung der Uebergabe selbst. Er käme deshalb bei jeder unsubstantiierten aber nicht gerade offensichtlich haltlosen Mängelbehauptung des betriebenen Schuldners – zumindest im Rechtsöffnungsprozess – in Beweisnotstand.

Den Bedürfnissen der Praxis, wie auch den tatsächlichen Beweismöglichkeiten der Parteien, vermag nur jene Beweislastverteilung gerecht zu werden, wonach

a) vom Betreibungsgläubiger die Erbringung der Eigenleistung zu beweisen ist, während
b) vom Betreibungsschuldner eine allfällige Schlechterfüllung glaubhaft zu machen ist.

---

25 Vgl. Kummer, Art. 8 N. 196.

26 Wenn der Betriebene seine Behauptungen zur Entkräftung einer zweifelsfrei anerkannten Schuld nur glaubhaft zu machen hat (materielle Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG), so muss dies noch viel eher gelten im Verfahren, in dem bereits das Vorliegen einer gültigen Schuldanerkennung i.S. von Art. 82 Abs. 1 SchKG streitig ist.

27 Vgl. Kummer, Art. 8 N. 275.

Gelingt dem Gläubiger der erste Beweis nicht oder vermag der Schuldner den zweiten glaubhaft zu machen, so muss das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen werden. Es ist dann nicht nur zweifelhaft, ob und in welcher Höhe die Schuld noch besteht, sondern bereits, ob ein gültiger Rechtsöffnungstitel vorgelegt worden ist[28].

2.2. Besondere Beweisregeln bei gesetzlichen oder übungsgemässen Prüfungs- und Rügepflichten

Sind in Gesetz oder durch Usanz präklusive Prüfungs- und Rügefristen festgelegt, so ist diese Tatsache auch im Rechtsöffnungsprozess von Bedeutung. Zwar muss auch hier, wie nach allgemeiner Regel, der Gläubiger die Erbringung der eigenen Leistung beweisen, und grundsätzlich hat der Schuldner, aus denselben Gründen wie oben, eine allfällige Schlechterfüllung glaubhaft zu machen, mit Bezug auf diese Glaubhaftmachung gilt es jedoch Besonderheiten zu beachten:

a) Vermag der Betriebene rechtzeitige und substantiierte Mängelrüge glaubhaft zu machen, so ist die Frage der Vertragskonformität ernsthaft streitig. Eine Glaubhaftmachung der Mängel selbst erübrigt sich in diesem Fall und Rechtsöffnung sollte zum vornherein stets verweigert werden. Es kann nicht Aufgabe des Rechtsöffnungsprozesses sein, über die Vertragsgemässheit weitere Untersuchungen durchzuführen. Einzig wenn es dem Gläubiger gelingen sollte, die offensichtliche Unbegründetheit der Mängelrüge sofort nachzuweisen – wenn diese also zweifelsfrei als trölerisch erscheinen sollte – wäre Rechtsöffnung trotzdem zu erteilen. Andernfalls ist der Entscheid dem ordentlichen Richter zu überlassen.

---

28 Im Sinne dieser Grundsätze urteilen heute schon die Gerichte des Kantons Basel-Land (Amtsbericht 1969, 47; BJM 1970, 83; BJM 1975, 273; vgl. auch ZBJV 63 (1933) 221), während die Basler Praxis und die darauf basierende Zürcher Praxis an einem Urkundenbeweis des Betreibungsgläubigers auch hinsichtlich Mängelfreiheit der eigenen Leistung festhalten (vgl. Blocher, 185; Hinderling, 255; Staehelin, 19) – an einem Beweis, der praktisch nie wird in dieser Form erbracht werden können (vgl. dazu die Ausführungen des Obergerichts des Kantons Zürich, in ZR 52 (1953), 298).

b) Gibt der Betriebene hingegen zu, nicht oder zu spät gerügt zu haben oder vermag er die rechtzeitige und substantiierte Mängelrüge im Rechtsöffnungsprozess nicht glaubhaft zu machen, so nützt ihm die Glaubhaftmachung der Mängel selbst nichts mehr. Es besteht dann Klarheit darüber, dass die Zahlungspflicht des Betriebenen nicht mehr erschüttert werden kann. Beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen wäre deshalb Rechtsöffnung zu gewähren[29].

Diese Lösung ist umso eher gerechtfertigt, als Berufung auf eine unsubstantiierte oder verspätete Mängelrüge dem Beklagten auch im materiellen Prozess nicht mehr zu helfen vermöchte. Hier tritt also der sonderbare Fall ein, in dem Rechtsöffnung gewährt werden muss, obwohl Erfüllungsmängel des Betreibenden unter Umständen tatsächlich vorliegen. Wenig Sinn hätte es jedoch, Rechtsöffnung zu verweigern und den Gläubiger damit auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen, wenn doch im vornherein klar ist, dass der Schuldner mit der Einrede der Mangelhaftigkeit im ordentlichen Prozess nicht durchzudringen vermöchte. Es ist in diesem Fall einfacher und prozessökonomischer, wenn dem Betreibenden Rechtsöffnung gewährt wird; der Betriebene hat es dann immer noch in der Hand, in einem allfälligen Aberkennungsprozess den Beweis für die Rechtzeitigkeit und Formrichtigkeit seiner Mängelrüge gleichwohl anzutreten.

d) Titelqualität des Vertrages bei Vorleistungspflicht des Betriebenen

Ist der Beklagte vorleistungspflichtig, so steht ihm die exceptio non adimpleti contractus – wie bereits erwähnt – im materiellen Prozess nicht zu. Aber auch im Rechtsöffnungsprozess kann er sich auf eine fehlende Gegenleistung nicht berufen. Vom "Tatbestand, auf welchen sich die Willenserklärung stützt", wird die Leistung des Vertragspartners nicht erfasst; der Vorleistungspflichtige verspricht zu zahlen, bevor er seinerseits Erfüllung erlangt. Daher muss der Betreibungsgläubiger im Rechtsöffnungsprozess die eigene Leistung nicht beweisen.

---

29 In diesem Sinne: Maximen 1947, 469; BlSchK 1 (1937) 130.

Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn der andere Teil zahlungsunfähig geworden, in Konkurs geraten oder fruchtlos gepfändet worden ist. Auch dann ist die Schuldanerkennung gültig[30].

Eine gewisse Milderung dieses Grundsatzes wird immerhin erreicht durch die Zulassung materiellrechtlicher Einreden im Rechtsöffnungsprozess. Macht der Schuldner Umstände glaubhaft, unter denen seine Zahlungspflicht nach materiellem Recht als aufgehoben erscheint (z. B. auf Grund von Art. 83 OR), so kann Rechtsöffnung trotzdem verweigert werden. Dies allerdings nicht als Folge mangelhafter betreibungsrechtlicher Voraussetzungen, sondern als Folge der gesetzlich anerkannten, synallagmatischen Abhängigkeiten im materiellen Recht. Nicht die Schuldanerkennung (Art. 82 Abs. 1 SchKG) fällt dahin, sondern die Forderung als solche (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

B. Die exceptio non adempleti contractus im Unterschied zur Einrede der fehlenden Titelqualität

In Anlehnung an den materiellen Prozess wird die Einrede, mit der das Fehlen der vertraglichen Gegenleistung im Rechtsöffnungsprozess geltend gemacht wird, oft als exceptio non adimpleti contractus bezeichnet. Es wird damit ein synallagmatischer Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung im Betreibungsrecht impliziert, welcher in dieser Form im SchKG nie anerkannt worden ist[31]. Damit der Unterschied zwischen ordentlichem und betreibungsrechtlichem Prozess nicht unnötigerweise verwischt wird, soll deshalb im Rahmen dieser Arbeit von der exceptio non adimpleti contractus nur gesprochen werden, wenn vom materiellen Prozess die Rede ist. Handelt es sich dagegen um die Einrede im Betreibungsprozess, so soll sie als Einrede der fehlenden Titelqualität bezeichnet werden.

---

30 Das Zahlungsversprechen des Vorleistungspflichtigen ist eben in jeder Beziehung vorbehaltlos.

31 Vgl. vorn, S. 47.

Zur besseren Uebersicht seien die Charakteristika der beiden Einredemöglichkeiten in tabellarischer Form nochmals kurz zusammengefasst:

EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS	EINREDE DER FEHLENDEN TITELQUALITAET
Einrede materiellrechtlich-zivilprozessualer Natur. Grundlage: Art. 82 OR.	Einrede betreibungsrechtlicher Natur. Grundlage: Art. 82 Abs. 1 SchKG.
Zielt auf Gewährleistung der Gleichzeitigkeit in den beidseitigen Erfüllungshandlungen.	Zielt auf Verweigerung der Rechtsöffnung und Verweisung des Gegners in das ordentliche Verfahren.
Entstehung, Bestand und Erfüllung der beidseitigen Leistungspflichten bedingen sich gegenseitig. Veränderungen auf einer Seite wirken sich nach gesetzlicher Vorschrift auf der Gegenseite aus. Bei Wegfall oder Unmöglichkeit der Gegenleistung fällt auch die eigene Leistungspflicht dahin.	Schuldanerkennung und Gegenleistung befinden sich nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis. Gesetzliche Vorschriften, welche den synallagmatischen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung schützen, finden sich im SchKG nicht. Bei Wegfall oder Unmöglichkeit der Gegenleistung bleibt die Schuldanerkennung grundsätzlich bestehen, mangels Eintritts des "Tatbestandes, auf welchen sich die Willenserklärung stützt", wird sie aber gleichwohl nicht vollstreckbar.
Gegenleistung wird nur durch Erhebung einer entsprechenden Einrede Prozessthema. Der Richter hat sich um die Gegenleistung nicht von Amtes wegen zu kümmern.	Gegenleistung ist immer Prozessthema, indem die Behauptung der vertragsgemässen eigenen Leistung zum Fundament der Rechtsöffnungsklage gehört. Ohne Bestreitung durch den Schuldner hat der Richter allerdings nicht zu untersuchen, ob die Leistung tatsächlich vertragsgemäss erbracht worden sei.
Gläubiger kann den Schuldner zur Erfüllung zwingen, wenn er selbst erfüllt, hinterlegt, oder Erfüllung angeboten hat. Real- oder Verbaloblation genügt.	Vollstreckung kann nur gewährt werden, wenn im Streitfall die eigene Erfüllung oder Hinterlegung nachgewiesen ist. Blosses Erfüllungsangebot, sei es durch Real- oder Verbaloblation, genügt dagegen nicht.
Tendenz in der Praxis, die Einrede auch bei Leistungen aus verschiedenen Verträgen derselben Parteien zuzulassen.	Dies ist hier undenkbar.

Zweiter Teil:

DIE EINZELNEN VERTRAGSARTEN ALS TITEL FUER DIE RECHTSOEFFNUNG

§ 6 UMSATZ- UND VERAEUSSERUNGSVERTRAEGE

I. Kaufverträge

A. Allgemeines

Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen[1].

Mit Ausnahme von Grundstückgeschäften bestehen für Kaufverträge von Gesetzes wegen keine Formvorschriften. Als Rechtsöffnungstitel können sie indessen nur in Frage kommen, sofern dem Rechtsöffnungsrichter eine unterschriftliche oder öffentlich beurkundete Kaufsverpflichtung vorgelegt wird. Allein, diese Tatsache darf nicht zur Annahme verleiten, einzig ein formeller, schriftlicher Kaufvertrag erfülle die Voraussetzungen des Art. 82 Abs. 1 SchKG. Vielmehr genügt es bereits, wenn nur die den Käufer verpflichtenden Teile schriftlichen Inhalts und unterschrieben oder öffentlich beurkundet sind[2]. Ein Bestellschein zum Beispiel, ein vom Käufer unterschriebener Lieferschein oder ein vom Konkursamt erstelltes Protokoll über einen amtlichen Freihandverkauf, können unter Umständen erstklassige Rechtsöffnungstitel darstellen[3].

Neben den üblichen Einreden prozessualer, betreibungsrechtlicher und materiellrechtlicher Natur, stehen dem Betriebenen bei Kaufverträgen noch spezielle Einreden aus Kaufrecht zur Verfügung. Es wird mit ihnen hauptsächlich die Titelqualität des Vertrages bestritten, d.h. das Fehlen oder

1 Art. 184 Abs. 1 OR.

2 Hess, 55.

3 Panchaud/Caprez, § 71, 94.

die Mangelhaftigkeit der gegnerischen Leistung geltend gemacht; auf diese Einreden konzentrieren sich die nachfolgenden Erörterungen.

B. Fahrniskaufverträge

a) Begriff

Die allgemeine Definition des Kaufvertrages wird ergänzt durch Art. 187 OR. Danach ist ein Fahrniskauf jeder Kauf, der nicht eine Liegenschaft oder ein ins Grundbuch aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat. Bestandteile von Grundstücken bilden dann Gegenstand eines Fahrniskaufs, wenn sie nach ihrer Lostrennung als bewegliche Sachen auf den Erwerber übergehen sollen.

b) Titelqualität

1. Nachweis der eigenen Leistung

Beim Bar- oder Kreditkauf hat der Betreibungsgläubiger in erster Linie die Uebergabe des Kaufgegenstandes nachzuweisen, wenn dem Vertrag die Eigenschaft eines Rechtsöffnungstitels zukommen soll[4]. Ein Nachweis körperlicher Uebergabe ist jedoch nicht unter allen Umständen notwendig, denn es genügt bereits, wenn in Uebereinstimmung mit dem Vertrag Besitz verschafft worden ist. Nebst Uebergabe kommen auch der Nachweis eines Besitzeskonstituts oder einer Besitzesanweisung in Frage. Repräsentieren Warenpapiere den Kaufgegenstand, so genügt der Nachweis ihrer Uebergabe[5].

Statt Besitz, kann auch Hinterlegung der Eigenleistung zu Gunsten des Betriebenen bewiesen werden; blosses Angebot genügt dagegen nicht[6].

---

4 Beim Pränumerandokauf entfällt dieser Nachweis.

5 Von Büren II, 7.

6 Vgl. vorn, S. 56/57.

Ist Uebergang des Besitzes oder die fachgerechte Hinterlegung zu Gunsten des Betriebenen erstellt, so muss – in gewissem Gegensatz zum Wortlaut von Art. 184 Abs. 1 OR – der Uebergang des Eigentums vorerst nicht bewiesen werden. Wie aus Art. 192 OR geschlossen werden kann, liegt es dem Käufer ob, Ansprüche aus mangelhaftem Eigentumserwerb im Sinne einer Schlechterfüllung geltend zu machen. Solange dies nicht geschieht, hat sich der Richter (auch im Rechtsöffnungsprozess) um die Frage des Eigentums nicht zu kümmern.

2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Nach Art. 185 OR gehen Nutzen und Gefahr einer individualisierten Kaufsache, sofern nicht besondere Umstände oder Parteivereinbarungen eine Ausnahme begründen, mit Abschluss des Vertrages auf den Erwerber über. Einreden, mit denen eine zufallsbedingte Verschlechterung oder ein zufallsbedingter Untergang des Kaufgegenstandes nach Vertragsabschluss geltend gemacht wird, können dem Verkäufer daher nicht entgegengehalten werden. Der Vertrag stellt unter diesen Umständen einen Rechtsöffnungstitel dar, selbst wenn die Erfüllung nicht oder nur mangelhaft erfolgt sein sollte[7].

Von der genannten Ausnahme abgesehen, hat der Verkäufer jedoch für die Bonität der Eigenleistung einzustehen, und zwar in doppelter Hinsicht: Er hat einmal Gewähr zu leisten dafür, dass nicht ein Dritter bessere Rechte am Kaufgegenstand erheben kann; zum zweiten haftet er für Mängel an der Kaufsache selbst sowie für das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften. Die gesetzliche Regelung hat auch gewisse Auswirkungen im Rechtsöffnungsprozess, nämlich

a) Die Rechtsgewährleistungspflicht des Verkäufers hat zur Folge, dass die im Kaufvertrag grundsätzlich enthaltene Schuldanerkennung nicht wirksam wird, wenn der Käufer das Eigentum an der Kaufsache nicht erhält. Folgende Besonderheiten sind indessen zu beachten: Kannte der Käufer zur Zeit des Vertragsschlusses die Gefahr der Entwehrung, so hat der Verkäu-

7 Hess, 55.

fer nur insoweit Gewähr zu leisten (und kann auch die Schuldanerkennung des Betriebenen nur insoweit entkräftet werden), als der Betreibende eine solche Haftung ausdrücklich übernommen hat. Auf der andern Seite ist auch die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht wegen Teil- oder Ganzeviktion nicht gültig (und muss die Glaubhaftmachung von Drittrechten gleichwohl schuldbefreiend wirken), wenn der Verkäufer das Recht des Dritten absichtlich verschwiegen hat[8].

Zur Berücksichtigung eines Rechtsmangels bedarf es sodann mehr als der blossen Glaubhaftmachung eines besser Berechtigten; es muss überdies glaubhaft sein, dass dieser sein Recht geltend macht oder doch mit Sicherheit noch geltend machen wird. Solange der Käufer die Sache ungestört besitzt, ist der Rechtsmangel ohne praktische Folgen geblieben, weshalb sich der Betriebene der Zahlung nicht entziehen kann[9].

b) Auch die Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers hat zur Folge, dass die im Kaufvertrag enthaltene Schuldanerkennung unter gewissen Umständen nicht wirksam wird. Strenge Prüfungs-, Rüge- und Verjährungsfristen müssen in diesem Fall jedoch beachtet worden sein. Hat der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Lieferung seine diesbezüglichen Pflichten verletzt, so gilt die Kaufsache als genehmigt, und auch wirkliche Mängel vermögen dem Kaufvertrag die Eigenschaft als Rechtsöffnungstitel nicht mehr zu nehmen. Von ausschlaggebender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob dem Betriebenen die Glaubhaftmachung einer rechtzeitig und formrichtig erhobenen Mängelrüge gelingt[10].

Das Gesetz enthält keine Vorschriften darüber, in welcher Form vom Käufer gerügt werden muss. Schriftlichkeit ist – gegenteilige Parteivereinbarung vorbehalten – nicht erforderlich. Indessen dürfte es im summarischen Rechtsöffnungsprozess schwer fallen, eine substantiierte, rechtzeitige und grundsätzlich sämtliche Mängel umfassende Rüge geltend und glaubhaft zu machen, wenn sie nicht in schriftlicher Form abgegeben worden ist.

---

8 Art. 192 Abs. 2 und 3 OR.

9 Vgl. von Büren II, 16.

10 Vgl. vorn, S. 60 f.

c) Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Ist die Titelqualität des Kaufvertrages erstellt, so stehen dem Betriebenen noch eine Reihe von Einreden prozessualer und materiellrechtlicher Natur zur Verfügung; diesbezüglich sei auf die Ausführungen im allgemeinen Teil dieser Arbeit verwiesen[11].

C. Grundstückkaufverträge

a) Begriff

Als Grundstückkauf ist jeder Kauf anzusehen, der eine Liegenschaft oder ein ins Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat[12]. Auf den Grundstückkauf finden im allgemeinen die Bestimmungen über den Fahrniskauf entsprechend Anwendung[13], wobei einige Besonderheiten indessen gleichwohl zu beachten sind. Mit ihnen befassen sich die nachfolgenden Ausführungen.

b) Titelqualität

1. Nachweis der eigenen Leistung

Im Gegensatz zum Fahrniskauf hat der Betreibende beim Liegenschaftenkauf im Rechtsöffnungsprozess nicht den Uebergang des Besitzes nachzuweisen; der Verkäufer hat bereits erfüllt, wenn die Grundbuchanmeldung erfolgt ist[14]. Das Rechtsöffnungsbegehren kann deshalb nicht zu Fall gebracht werden mit der Behauptung, der Betriebene habe die Liegenschaft noch nicht in Besitz genommen (z.B. er sei in das gekaufte Haus noch nicht eingezogen etc.). Im Bestreitungsfalle liegt es dem Verkäufer ob, die Erfüllung seiner Eigenleistung nachzuweisen, z.B. durch Vorlegung eines entsprechenden Grundbuchauszuges.

---

11 Vgl. vorn, S. 23-33.
12 Art. 187 OR e contrario.
13 Art. 221 OR.
14 ZBJV 82 (1946) 351; 72 (1936) 737; BlSchK 2 (1938) 44.

2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Anders als beim Fahrniskauf stellt sich beim Liegenschaftenkauf auch der Uebergang von Nutzen und Gefahr dar. Sofern ein bestimmter Zeitpunkt für die Uebernahme vereinbart worden ist, wird vermutet, dass Risiko und Gewinn erst ab diesem Zeitpunkt auf den Käufer übergehen sollen[15]. Dies hat zur Folge, dass der Schuldner eine Verschlechterung oder Zerstörung des Grundstückes, welche nach Abschluss des Vertrages aber vor der Uebernahme eingetreten ist, auch im Rechtsöffnungsprozess geltend machen kann.

Eine spezielle Sachgewährleistungspflicht enthält Art. 219 OR: Besitzt das Grundstück nicht das Mass, welches im Kaufvertrag angegeben ist, so muss der Verkäufer Ersatz leisten. Auch hier gelten jedoch die kurzen Rüge- und Verjährungsfristen von Art. 201 und 210 OR[16], sodass der Betriebene im Rechtsöffnungsprozess die Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit seiner Mängelrüge genau gleich glaubhaft zu machen hat wie bei andern Sachmängeln. Sind die Prüfungs- und Rügepflichten missachtet worden, so kann Rechtsöffnung selbst dann nicht verweigert werden, wenn ein tatsächliches Mindermass des Grundstückes erstellt ist[17].

c) Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Gemäss Art. 216 OR bedürfen Liegenschaftenkaufverträge zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Durch Glaubhaftmachung eines Formmangels kann deshalb die im Vertrag enthaltene Schuldanerkennung entkräftet werden.

Spezielle Probleme können auftreten, wenn Gegenstand des Kaufvertrages ein durch Grundpfandverschreibung (Hypothek) oder Schuldbrief belastetes Grundstück ist. Solche Liegenschaften werden nämlich oft verkauft unter Ueberbindung der persönlichen Schulden des Verkäufers (gegenüber dem

---

15 Art. 220 OR.

16 Becker, Art. 219 N. 6 OR.

17 Vgl. vorn, S. 61.

Pfandgläubiger) auf den Erwerber; der Käufer tilgt den Kaufpreis in diesem Fall teilweise durch die Uebernahme der grundpfändlich gesicherten Schulden. In Abänderung der allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen[18] sieht Art. 832 Abs. 2 ZGB in diesem Zusammenhang vor, dass der Altschuldner (Verkäufer) gegenüber dem Pfandgläubiger frei wird, wenn dieser nicht binnen Jahresfrist erklärt, ihn als Schuldner beibehalten zu wollen. Wird eine solche Beibehaltserklärung abgegeben, so stellen sich die Verhältnisse im Rechtsöffnungsprozess wie folgt dar:

a) Betreibt der Pfandgläubiger, gestützt auf den Pfandtitel, den Altschuldner für die persönliche Schuld, so wird Rechtsöffnung nur erteilt, wenn der Betreibende den sofortigen und liquiden Beweis für seine Beibehaltserklärung nach Art. 832 Abs. 2 ZGB erbringt. Eine blosse Glaubhaftmachung kann nicht als genügend betrachtet werden, weil der Pfandgläubiger eine gesetzliche Vermutung zu beseitigen hat[19].

b) Betreibt andrerseits der Altschuldner den Neuschuldner für die Kaufpreisforderung aus dem Grundstückgeschäft, so kann er im Umfange der (wegen der Beibehaltserklärung) missglückten Schuldbefreiung lediglich Sicherstellung und nicht Zahlung verlangen, liefe der Neuschuldner andernfalls doch Gefahr, zweimal zahlen zu müssen. Die Zahlung an den Grundstückverkäufer könnte ihn nämlich gegenüber dem Pfandeigentümer nicht befreien[20].

Besondere Einreden können auch aus Grundstückgeschäften mit Ausländern erhoben werden. Wird eine Liegenschaft von einer Person mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland erworben, oder wird der Verkauf durch eine solche Person finanziert, so sind die Vorschriften des Bundesbeschlusses über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland sowie die dazugehörigen Aenderungen, Ergänzungen und Ausführungserlasse zu beachten[21]. Rechts-

---

18 Art. 175 ff. OR.

19 ZBJV 73 (1937) 616.

20 BJM 1960, 122. Vergleiche jedoch abweichende Ansicht des Appellationsgerichts des Kantons Tessin in SJZ 16 (1930/31) 247.

21 Bundesbeschluss vom 23. März 1961 (SR 211.412.41) und dazugehörende Verordnung vom 21. Dez. 1973 (SR 211.412.411).

geschäfte auf bewilligungspflichtigen Erwerb bleiben unwirksam, solange eine rechtskräftige Bewilligung nicht vorliegt, und werden nichtig, falls die Bewilligung verweigert, widerrufen oder abgewiesen wird. Unwirksamkeit und Nichtigkeit solcher Kaufverträge sind – auch im Rechtsöffnungsprozess – von Amtes wegen zu berücksichtigen[22].

D. Besondere Arten des Kaufs

a) Kauf nach Muster

1. Begriff

Ein Kauf nach Muster ist ein Fahrniskauf, bei dem die Parteien vereinbaren, dass die zu liefernde Sache qualitativ mit dem übergebenen Muster identisch sein müsse[23]. Ist Uebereinstimmung gegeben, so ist die Haftung des Verkäufers für körperliche Mängel der Kaufsache und ihre Verwendbarkeit zum vorgesehenen Gebrauch weniger streng als beim gewöhnlichen Fahrniskauf, denn der Käufer hat ja das Gewünschte bekommen. Entsprechend erfolgt auch die Prüfung der Ware nur unter dem Gesichtspunkt ihrer Musterkonformität.

Kein Kauf nach Muster ist gegeben, wenn nur ein sogenanntes Typenmuster übergeben wird, welches dem Käufer ein Bild der Beschaffenheit der Ware vermitteln soll (z. B. ein Tapetenbuch), ohne dass durch spezielle Abrede musterkonforme Lieferung vereinbart worden wäre[24]. Ebenfalls kein Muster im Sinne von Art. 222 OR stellt das sogenannte Ausfallmuster dar, welches nicht bei der Abmachung, sondern erst unmittelbar vor der Erfüllung übergeben wird, damit der Käufer bei einer grossen oder zeitintensiven Lieferung vor Versendung der Ware prüfen kann, ob sie seinen Erwartungen entspricht[25].

---

22 Art. 20 des in FN 21 aufgeführten Bundesbeschlusses.

23 Oser/Schönenberger, Art. 222 N. 1 ff.; Guhl/Merz/Kummer, 303 f.; Comment, SJK Nr. 231, 1.

24 Oser/Schönenberger, Art. 222 N. 4; Guhl/Merz/Kummer, 303.

25 Oser/Schönenberger, Art. 222 N. 7; Guhl/Merz/Kummer, 303.

2. Titelqualität

2.1. Nachweis der eigenen Leistung

Die Verhältnisse liegen hier nicht anders als bei gewöhnlichen Kaufverträgen. Der Kauf nach Muster ist insbesondere nicht bedingt, sodass – anders als beim nachfolgend zu behandelnden Kauf auf Probe – eine Genehmigung des Geschäftes durch den Betriebenen nicht nachgewiesen werden muss.

2.2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Wie beim gewöhnlichen Fahrniskauf hat der Betriebene eine rechtzeitige und formrichtige Mängelrüge glaubhaft zu machen, wenn er die Titelqualität des Vertrages zufolge Erfüllungsmängeln bestreiten will. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung ist nämlich allein das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer solchen Mängelrüge entscheidend für das rechtliche Schicksal der Klage[26]. Die Frage nach der tatsächlichen Mangelhaftigkeit der Ware stellt sich in diesem Stadium des Verfahrens noch nicht. Die in Art. 222 OR aufgestellten Grundsätze, welche sich mit Fragen der Beweisverteilung bei der effektiven Prüfung der Musterkonformität befassen, haben darum für den Rechtsöffnungsprozess keinerlei Bedeutung. Sie kommen erst zum Zuge im materiellen Prozess, sei es, weil der Beklagte nach Erteilung der Rechtsöffnung die Aberkennungsklage anstrengen will, sei es, weil der Kläger nach Verweigerung der Rechtsöffnung den Weg des ordentlichen Prozesses beschreite.

3. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Hinsichtlich der allgemeinen Einredemöglichkeiten des Schuldners stellen sich beim Kauf nach Muster keine besonderen Probleme; die Erörterungen im allgemeinen Teil dieser Arbeit haben auch hier Geltung[27].

---

26 Vorn, S. 60 f.

27 Vgl. vorn, S. 23-33.

b) Kauf auf Probe oder auf Besicht

1. Begriff und rechtliche Bedeutung

Die Rechtsnatur des Kaufs auf Probe ist teilweise umstritten[28]. Zumeist wird darunter ein bedingtes Kaufgeschäft verstanden, dessen Besonderheit darin liegt, dass es ganz im Belieben des Käufers steht, ob er den Vertrag, nach eingehender Prüfung der Sache, genehmigen will oder nicht. Es handelt sich um einen suspensiv-potestativ bedingten Kauf[29].

Folgende Schlüsse, die auch für den Rechtsöffnungsprozess von gewisser Bedeutung sind, lassen sich aus dieser Tatsache ziehen[30]:

a) Solange der Vertrag vom Käufer nicht genehmigt wird, steht die Sache im Eigentum des Verkäufers; dies gilt selbst dann, wenn sie bereits vorher übergeben worden sein sollte (Art. 223 Abs. 2 OR).

b) Bis zur Annahmeerklärung des Käufers verbleiben Nutzen und Gefahr der Sache beim Verkäufer (Art. 185 Abs. 3 OR).

c) Im Streitfall hat nicht der Käufer die Beweislast für den Kauf auf Probe, sondern der Verkäufer für das Vorhandensein eines festen Kaufs (vgl. BGE 55 II 192).

2. Titelqualität

2.1. Nachweis der eigenen Leistung und des Eintritts der Bedingung

Da die Schuldanerkennung des Käufers beim Kauf auf Probe nur eine bedingte ist, muss der für den Kaufpreis Betreibende im Rechtsöffnungsprozess – nebst der eigenen Erfüllung[31] – den Eintritt der Suspensivbedingung

---

28 Vgl. dazu, Oser/Schönenberger, Art. 223 N. 3-6.

29 Guhl/Merz/Kummer, 304; von Büren II, 59; Oftinger, Trödelvertrag, 29; Comment, SJK 232, 1; BGE 55 II 190; ZR 32 (1933) 339.

30 Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 223 N. 5.

31 Deren Nachweis sich wie beim gewöhnlichen Kaufgeschäft gestaltet, vgl. vorn, S. 66 f.

beweisen, d. h. die Genehmigung des Vertrages durch den Betriebenen. Ein Umständebeweis mit allen verfügbaren Beweismitteln sollte genügen, handelt es sich doch – wie beim Nachweis der eigenen Erfüllung – lediglich darum, darzutun, dass der "Tatbestand, auf welchen sich die Willenserklärung stützt", wirklich gegeben ist.[32]

2. 2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Beim Kauf auf Probe oder auf Besicht hat der Käufer Gelegenheit, die Sache vor der Genehmigung eingehend zu prüfen. Genehmigt er, so muss angenommen werden, er akzeptiere ihren Zustand als Erfüllung, was die gewöhnliche Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers ausschliesst. Mängel, die sich während der Besichtigung gezeigt haben oder hätten zeigen können, dürfen nach der Genehmigung nicht mehr gerügt werden[33]; diesbezügliche Behauptungen des Betriebenen vermögen auch im Rechtsöffnungsprozess die Titelqualität des Vertrages nicht mehr in Wegfall zu bringen.

Auf heimliche oder erst später zu Tage tretende Sachmängel bezieht sich der Einredenausschluss dagegen nicht[34]. Solche Mängel sind aber sofort nach Entdeckung zu rügen, ansonsten die Ware auch diesbezüglich als genehmigt gilt. Für den Rechtsöffnungsprozess entscheidend ist dabei lediglich, ob die Glaubhaftmachung einer rechtzeitigen und substantiierten Mängelrüge gelingt. Ob die behaupteten Mängel tatsächlich vorhanden sind, ist eine Frage, die vom ordentlichen Richter zu entscheiden ist[35].

3. Einreden i. S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Die gleiche Einredebeschränkung wie hinsichtlich der Mängelbehauptungen besteht auch, wenn Unverbindlichkeit des Vertrages wegen Irrtum oder Täu-

---

32 Vgl. vorn, S. 57 f.

33 Vgl. ZR 28 (1929) 7; 32 (1933) 339; 51 (1952) 323; SJZ 32 (1935/36) 137; Comment, SJK 232, S. 3.

34 ZR 51 (1952) 323.

35 Vgl. vorn, S. 60 f.

schung geltend gemacht wird. Nur solche Tatsachen vermögen die Verbindlichkeit des Vertrages in Frage zu stellen und die darin enthaltene Schuldanerkennung zu entkräften, die bei Vornahme einer genauen Prüfung des Kaufgegenstandes nicht erkennbar waren und auch nicht hätten erkannt werden können; andernfalls ist der Willensmangel durch Genehmigung geheilt worden[36].

II. Tauschverträge

Beim Tausch verpflichten sich die Parteien zur wechselseitigen Uebertragung des Eigentums an Sachen oder Rechten, wobei jeder Kontrahent hinsichtlich der von ihm zu liefernden Sache als Verkäufer, mit Bezug auf die ihm versprochene dagegen als Käufer zu behandeln ist[37].

Reine Tauschverträge, bei denen Ware gegen Ware gehandelt wird und die keine Geldleistung zum Inhalt haben, können als Rechtsöffnungstitel natürlich nicht in Frage kommen[38]. In den meisten Fällen erweist sich jedoch eine der beiden Leistungen als weniger wertvoll, sodass von den Parteien ein Ausgleich in Form einer Geldzahlung vereinbart wird (Tausch mit Aufgeld). Für diese Geldzahlung kann unter den beim Kauf behandelten Voraussetzungen Rechtsöffnung erteilt werden.

Ein Tauschvertrag liegt auch vor, wenn der Form nach zwei selbständige Kaufverträge abgeschlossen worden sind, aus den Abmachungen der Parteien und aus den Umständen jedoch ersichtlich ist, dass keiner der Verträge ohne den anderen bestehen soll[39]. Die Kontrahenten sind in diesem Falle auf die gegnerische Sachleistung angewiesen und können nicht für eine Geldforderung Vollstreckung verlangen.

---

36 Vgl. ZR 32 (1933) 339.

37 Art. 237 OR.

38 Für den Schadenersatz infolge Schlecht- oder Nichterfüllung, der nach Art. 238 OR allenfalls gefordert werden kann, liegt im Tauschvertrag keine Schuldanerkennung vor.

39 Vgl. BGE 35 II 273; 45 II 443; ZBJV 54 (1918) 310.

§ 7 TEILZAHLUNGSVERTRAEGE

Abzahlungs- und Vorauszahlungsverträge sind die eigentlichen "Sorgenkinder" der Gerichte und insbesondere der Rechtsöffnungsrichter. Zwar sind durch Erlass des Bundesgesetzes über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag vom 23. März 1962 (Art. 226a-228 OR) die gröbsten Missstände im Zusammenhang mit Teilzahlungsgeschäften beseitigt worden, infolge einer etwas ungeschickten Redaktion des Gesetzestextes bestehen jedoch noch immer grosse Unsicherheiten mit Bezug auf die Reichweite der im Gesetz enthaltenen Schutzbestimmungen.

In der Praxis ist die Frage, ob ein wegen Form- bzw. Inhaltsmangels nichtiger Abzahlungs- oder Vorauszahlungsvertrag vorliegt, oft vom Rechtsöffnungsrichter im Rahmen materiellrechtlicher Einreden nach Art. 82 Abs. 2 SchKG zu entscheiden. Es lohnt sich deshalb, die Schutzvorschriften und den Geltungsbereich des Abzahlungs- und Vorauszahlungsgesetzes etwas näher zu betrachten, wobei sich dann zeigen wird, dass die Wirkungen des Gesetzes weiter reichen als gemeinhin angenommen wird.

I. Der Kauf auf Abzahlung

A. Begriff

Nach der Legaldefinition des Art. 226a Abs. 1 OR verpflichtet sich beim Abzahlungskaufvertrag[1] der Verkäufer, dem Käufer eine bewegliche Sache vor der Zahlung des Kaufpreises zu übergeben, und der Käufer, den Kaufpreis in Teilzahlungen zu entrichten. Die Definition wird ergänzt und vervollständigt durch Art. 226m Abs. 4 OR, eine Gesetzesbestimmung, die in der Praxis zu einiger Verwirrung Anlass gegeben hat. Auf die diesbezügliche Problematik wird weiter hinten im Zusammenhang mit der Bespre-

---

1 Zur Terminologie, vgl. FN. 3.

chung des Geltungsbereichs abzahlungsrechtlicher Schutznormen[2] und bei der Behandlung des Abzahlungsvertragsbegriffes[3] zurückzukommen sein.

B. Titelqualität

Die Vorleistungspflicht des Verkäufers stempelt den Vertrag zum Kreditgeschäft. Hinsichtlich des Nachweises der eigenen Leistung und der Absenz von Erfüllungsmängeln unterscheiden sich deshalb Abzahlungskaufverträge nicht grundsätzlich von andern Käufen auf Kredit. Beweislastverteilung und Regelung der Rügepflichten entsprechen den früher erörterten Grundsätzen[4].

C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Ausserhalb der Probleme im Zusammenhang mit der Titelqualität ergeben sich für den Betriebenen eine Fülle von Einreden aus den umfassenden Form- und Inhaltsvorschriften des Abzahlungs- und Vorauszahlungsgesetzes. Der Schuldner muss diese im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft ma-

---

2 S. 82 ff.

3 Der Begriff des Abzahlungsvertrages wird auf S. 85 ff. eingehend erörtert werden. An dieser Stelle vorerst lediglich folgendes: In den Art. 226a-l OR wird der Begriff "Abzahlungsvertrag" mehrmals – und zwar in unmittelbarem Anschluss an die Definition des Kaufs auf Abzahlung – verwendet. Aus dem Inhalt der Gesetzesbestimmungen geht indessen klar hervor, dass lediglich der Kauf auf Abzahlung gemeint ist, weshalb der Begriff "Abzahlungskaufvertrag" passender gewesen wäre (vgl. die Aufzählung in Art. 226a Abs. 2 OR sowie die ständige Bezeichnung der Parteien in diesem und in den nachfolgenden Artikeln als "Käufer" bzw. "Verkäufer"). Durch diese sprachliche Ungenauigkeit wird der Eindruck erweckt – und der Schluss ist auch oft gezogen worden – ein Abzahlungsvertrag sei mit einem Kauf auf Abzahlung identisch. In Wirklichkeit ist dies nicht der Fall. Der Kauf auf Abzahlung (oder Abzahlungskaufvertrag) ist lediglich die typischste, nicht die einzige Art eines Abzahlungsvertrages. Daneben gibt es noch andere, durch Art. 226m Abs. 1 OR erfasste, Abzahlungsverträge, die nicht unbedingt Käufe darstellen müssen. Man darf deshalb bemerken, dass ein Kauf auf Abzahlung immer mit einem Abzahlungsvertrag identisch ist, während umgekehrt ein Abzahlungsvertrag nicht unbedingt als Kauf auf Abzahlung in Erscheinung treten muss.

4 Vgl. vorn, S. 66 ff.

chen[5], wobei in Zweifelsfällen der Richter eher zugunsten des Beklagten zu entscheiden geneigt sein sollte, geht es doch darum, den zahlreichen Missbräuchen und Umgehungsversuchen bereits im Stadium der Rechtsöffnung einen Riegel zu schieben.

a) Einreden infolge von Formfehlern

In formeller Hinsicht bestimmt das Gesetz, dass ein Abzahlungskaufvertrag zu seiner Gültigkeit der Schriftform bedürfe. Wird er überdies vom Verkäufer gewerbsmässig abgeschlossen, so muss er die in Art. 226a Abs. 2 OR aufgeführten Angaben enthalten, unter anderem den Teilzahlungszuschlag in Franken und das Recht des Käufers, innert fünf Tagen vom Vertrag zurückzutreten.

Werden der Kaufgegenstand, die Höhe der Anzahlung, der Bar- oder Gesamtkaufpreis, oder das Rücktrittsrecht des Käufers nicht angegeben, so ist der Vertrag ungültig[6]. Ist der Käufer verheiratet, und beträgt der Gesamtkaufpreis mehr als Fr. 1'000.--, so bedarf der Abzahlungskauf der schriftlichen Zustimmung des im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten. Die Zustimmung muss spätestens bei der Unterzeichnung erfolgt sein; ein nicht oder erst nachträglich vom Ehegatten genehmigter Abzahlungskauf ist ungültig und entfaltet keinerlei Rechtswirkungen[7].

Ein ganz besonders weitgehender und im Bereiche des Obligationenrechts einmaliger Schutz des Abzahlungskäufers wird erreicht durch das bereits erwähnte fünftägige Rücktrittsrecht, welches an keinerlei Voraussetzungen gebunden ist[8]. Ein vom Käufer im voraus erklärter Verzicht auf sein Rück-

---

5 Die Pflicht zur Glaubhaftmachung darf nicht so verstanden werden, dass der Schuldner auch bei gröbsten Formfehlern die Nichtigkeit des Vertrages expressis verbis zu behaupten hätte; es genügt bereits, wenn er seine Schuldpflicht an sich bestreitet, wie dies schon aus dem Rechtsvorschlag herausgelesen werden kann. Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages infolge Formfehler ist Rechtsanwendung und als solche Sache des Richters.

6 Art. 226a Abs. 3 OR.

7 Art. 226b Abs. 1 OR; Stofer, 78.

8 Art. 226c. Für die Berechnung der Fristen gelten die im Artikel genannten Grundsätze sowie Art. 77 ff. OR und das Bundesgesetz über den Fristenlauf an Samstagen (vgl. BlSchK 28 (1964) 57).

trittsrecht ist unverbindlich, und die Bestimmung kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass sich der Verkäufer bei Vertragsabschluss formell (und wahrheitswidrig) bestätigen lässt, "vor mindestens fünf Tagen ein beidseitig unterzeichnetes Vertragsdoppel erhalten und binnen dieser Frist nicht schriftlich auf den Vertragsabschluss verzichtet zu haben"[9].

Der Verkäufer wird in der Regel mit der Lieferung der Kaufsache zuwarten, bis die fünftägige Rücktrittsfrist abgelaufen ist. Liefert er bereits vorher, so darf der Käufer die Sache lediglich zu Prüfzwecken benützen; bei einer weitergehenden Verfügung über den Kaufgegenstand verliert er sein Rücktrittsrecht. Die Beweislast für den vollen Gebrauch der Sache und für den Verlust des Rücktrittsrechtes hat der Verkäufer[10]. Auf der andern Seite obliegt es dem Käufer, die Ausübung des Rücktrittsrechtes glaubhaft zu machen.

b) Einreden infolge von Inhaltsfehlern

Die einkommenschwächsten Bevölkerungsschichten sollen vom Abzahlungsgeschäft ferngehalten werden. Daher schreibt Art. 226d OR vor, dass der Käufer spätestens bei Uebergabe der Kaufsache einen Fünftel des Barkaufpreises zu bezahlen[11] und die Restschuld innert zweieinhalb Jahren seit Vertragsabschluss zu tilgen habe. In Absatz 2 des genannten Artikels wird der Bundesrat sodann ermächtigt, die gesetzliche Mindestanzahlung und die gesetzliche Mindestdauer in bestimmtem Umfange herabzusetzen oder zu erhöhen[12].

---

9 Vgl. BGE 92 III 34.

10 BGE 92 III 34 (Dem Entscheid liegt ein Verfahren zu Grunde, in dem es um die Eintragung des Eigentumvorbehalts in das Register ging. Indessen dürfte die gleiche Beweisverteilung auch im materiellen Prozess und im Rechtsöffnungsprozess zur Anwendung kommen, muss doch eine gesetzliche Vermutung zugunsten des Käufers umgestossen werden).

11 Natura-Anzahlung, z. B. durch Rückgabe des alten Automobils an Zahlungs Statt ist zulässig (Jeanprêtre, SJK Nr. 233, 11; Zweifel, 133).

12 Der Bundesrat hat von dieser Ermächtigung mehrmals Gebrauch gemacht, das letzte Mal mit Verordnung vom 23. April 1975. Die Mindestanzahlung beträgt heute 30% des Barkaufpreises, die Höchstdauer des Vertrages 24 Monate. Mildere Bestimmungen gelten im Möbelhandel, wo die Mindestanzahlung 25% und die vertragliche Höchstdauer 30 Monate betragen dürfen.

Höhe und Fälligkeit der Anzahlung und der Raten müssen – unter Androhung der Nichtigkeit im Unterlassungsfalle – im Abzahlungskaufvertrag vermerkt sein[13]. Zur Verhinderung der Umgehung von Anzahlungsvorschriften bestimmt sodann das Gesetz, dass der Anspruch des Verkäufers auf den nicht geleisteten Teil der Anzahlung untergehe, wenn er den Kaufgegenstand vor der vollständigen Tilgung der Anzahlung übergebe[14]. Die hieraus sich ergebenden Einreden kann der Teilzahlungskäufer auch im Rechtsöffnungsprozess geltend machen.

In Art. 226h OR sind die Verhältnisse bei Verzug des Käufers speziell geregelt worden. Das Gesetz unterscheidet zwischen Verzug mit der Anzahlung und Verzug mit Teilzahlungen. Im ersten Fall kann der Verkäufer allein die Anzahlung einfordern oder vom Vertrag zurücktreten; eine Verfallklausel – das heisst die Abrede, dass bei Verzug des Käufers mit der Anzahlung ohne weiteres der gesamte Kaufpreis fällig werde – ist in diesem Stadium der Vertragsabwicklung nicht zulässig. Entscheidet sich der Verkäufer für Rücktritt, so braucht er keine Nachfrist anzusetzen[15]. Er kann aber auch nur mässigen Schadenersatz verlangen. Eine allfällige Konventionalstrafe darf zehn Prozent des Barkaufpreises nicht übersteigen[16].

Besser gestellt ist der Verkäufer, wenn der Käufer mit der Entrichtung von Teilzahlungen säumig wird. Zwar kann sich der Verkäufer auch hier auf die Einforderung der fälligen Prämien beschränken; stattdessen kann er aber auch – falls er sich dieses Recht im Vertrag ausdrücklich vorbehalten hat und wenn der Käufer mit erheblichen Teilzahlungen im Verzug ist – den Restkaufpreis in einer einzigen Zahlung fordern oder vom Vertrag zurücktreten[17]. Tritt er zurück, so regeln sich die Verzugsfolgen nach Art. 226i Abs. 1 OR und jeder Teil ist verpflichtet, die empfangenen

---

13 Art. 226a Abs. 2 und 3 OR.

14 Art. 226d Abs. 3 OR.

15 Art. 214 Abs. 1 OR.

16 Art. 226i Abs. 2 OR.

17 Art. 226h Abs. 2 OR. Erhebliche Teilzahlungen sind im Verzug, wenn zwei oder mehr Teilzahlungen von zusammen mindestens 10% des Gesamtpreises oder eine Teilzahlung von mindestens 25% oder die letzte Teilzahlung ausstehend sind.

Leistungen zurückzuerstatten. Hierbei hat der Verkäufer Anspruch auf einen angemessenen Mietzins und eine Entschädigung für ausserordentliche Abnützung der Sache. Er darf indessen nicht mehr fordern, als er bei rechtzeitiger Erfüllung des Abzahlungskaufvertrages erhalten hätte. Abweichungen von den gesetzlichen Verzugsfolgen zu Ungunsten des Käufers sind nicht zulässig und entsprechende Einreden können im Rechtsöffnungsprozess auf jeden Fall geltend gemacht werden.

c) Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes

Artikel 226m OR ist einschränkend und ausdehnend zugleich. Auf der einen Seite werden ganze Kategorien von Abzahlungskäufen von den gesetzlichen Vorschriften ausgenommen (Absatz 4), auf der andern Seite werden ihnen Verträge unterstellt, die sich formell nicht als Käufe auf Abzahlung präsentieren (Absatz 1). Die letztgenannte Gruppe von Verträgen verfolgt jedoch dieselben wirtschaftlichen Zwecke wie ein Kauf auf Abzahlung, weshalb der Käufer den gesetzlichen Schutz ebenso nötig hat[18].

Ganz generell finden die Formvorschriften des Abzahlungsgesetzes nur auf jene Ratenkäufe Anwendung, die vom Verkäufer gewerbsmässig abgeschlossen werden. Dabei genügt es, wenn der direkte Stellvertreter des Verkäufers gewerbsmässig handelt. Nicht gewerbsmässig abgeschlossene Abzahlungskaufverträge unterstehen immerhin der einfachen Schriftform[19].

Vom Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes weitgehend, wenn auch nicht ganz, ausgenommen sind Teilzahlungsgeschäfte unter Kaufleuten. Von diesen wird erwartet, dass sie die Gefahren des Geschäftes selbst erkennen und sich gegen Uebervorteilung schützen können. Ist der Käufer im Handelsregister eingetragen – sei es als Firma (Einzelfirma, Handelsgesellschaft, Genossenschaft etc.), sei es als Zeichnungsberechtigter einer eingetragenen Firma (Prokurist, Gesellschafter, Verwaltungsrat etc.) – oder bezieht sich der Kauf auf Gegenstände, die nach ihrer Beschaffenheit vorwiegend für ei-

---

18 Ueber die erweiternde Bedeutung von Art. 226m Abs. 1 OR vgl. hinten, S. 85 ff.

19 Vgl. Stofer, 62; Jeanprêtre, SJK Nr. 233, S. 4.

nen Gewerbebetrieb oder für berufliche Zwecke[20] bestimmt sind, so finden lediglich gewisse Vorschriften über die Verzugsfolgen und das richterliche Stundungsrecht Anwendung[21]; es sind dies die Art. 226h Abs. 2, 226i Abs. 1 und 226k OR.

Ausschliesslich diese Bestimmungen finden auch Anwendung auf Bagatellverträge[22] und auf barzahlungsähnliche Geschäfte[23].

Vor allem die letztgenannte Ausnahme vom Abzahlungsgesetz hat zu zahlreichen Umgehungsgeschäften und zu grosser Verwirrung der Gerichte Anlass gegeben. Schon kurz nach Erlass des Abzahlungsgesetzes gingen findige Verkäufer dazu über, eine hohe Kaufsumme in lediglich drei Teilzahlungen aufzuteilen und diese dafür zeitlich weit zu staffeln. An den Käufer erging dann mündlich die Empfehlung, monatlich kleinere Beiträge beiseite zu legen, um bei Fälligkeit die hohen Teilzahlungen entrichten zu können[24]. Die Gerichte haben lange Zeit gewankt in ihrer Auffassung, wie mit solchen Verträgen – die formell unter die Ausnahmebestimmung des Art. 226m Abs. 4 OR fallen, ihrem wirtschaftlichen Zwecke nach jedoch eindeutig von Art. 226m Abs. 1 OR erfasst werden – zu verfahren sei. Insbesondere das

---

20 Allein die Beschaffenheit der Sache und nicht der vom Käufer vorgesehene Verwendungszweck entscheidet über den gewerblichen Charakter der Kaufgegenstände. Ausschlaggebend ist ein objektives Moment (Stofer, 168; Zweifel, 138; ZR 75 (1976) 230). Lastwagen, Traktoren, Werkzeugmaschinen etc. müssen als gewerbliche Gegenstände betrachtet werden, Personenwagen dagegen nicht, selbst wenn sie als Taxifahrzeug eingesetzt werden (Stofer, 168). Ein interessanter Grenzfall wird in BJM 1976, 102 f. behandelt, wo einem Spielautomaten der gewerbliche Charakter abgesprochen wird, weil er von Privaten auch zu einem blossen Nebenerwerb eingesetzt werden könne.

21 Art. 226m Abs. 4 OR.

22 Gesamtkaufpreis höchstens Fr. 200.-- und Vertragsdauer höchstens sechs Monate.

23 Gesamtkaufpreis in weniger als vier Teilzahlungen, die Anzahlung inbegriffen, zu bezahlen.

24 In einem in SJZ 60 (1964) 323 erwähnten Beispiel wurde ein Gesamtbetrag von Fr. 464.-- in eine sogenannte "andere Zahlung" und drei Raten von Fr. 145.-- aufgeteilt, zahlbar in zeitlichen Intervallen von fünf Monaten. An den Käufer erging die mündliche Empfehlung, monatlich Fr. 29.-- beiseite zu legen, um die jeweiligen Raten von Fr. 145.-- nach fünf Monaten erbringen zu können. Dem Geschäft ist der Umgehungscharakter auf die Stirn geschrieben.

zürcherische Kassationsgericht hat sich in den Jahren 1969 und 1972 dazu verleiten lassen, dem Absatz 4 gegenüber dem Absatz 1 den Vorrang einzuräumen und eindeutige Umgehungsgeschäfte mit der wenig überzeugenden Begründung zu sanktionieren, der Gesetzgeber selbst habe die Mindestzahl der Raten zum Begriffsmerkmal eines Abzahlungskaufs gemacht, weshalb sich der Ermessenspielraum des Richters nicht auf eine Prüfung des wirtschaftlichen Effektes von Dreiratenverträgen erstreckte[25]. Viele Juristen und zahlreiche untere Gerichtsinstanzen haben diese Argumentation des Kassationsgerichtes kritisiert. Sie wiesen darauf hin, dass eine künstliche Aufteilung des Kaufpreises in drei grosse Raten mit entsprechender Hinausschiebung der Zahlungstermine für den Käufer präzis dieselben wirtschaftlichen Gefahren hervorrufe wie ein "echter" Abzahlungskaufvertrag; des weitern habe Art. 226m Abs. 1 OR gerade solche Umgehungstaktiken unterbinden wollen, die formell mit dem Gesetz übereinstimmten, in Wahrheit jedoch seinen Zielen zuwiderliefen[26].

In einem neueren staatsrechtlichen Beschwerdeentscheid hat schliesslich das Bundesgericht zu dem scheinbar unversönlichen Gegensatz in den Art. 226m Abs. 1 und Art. 226m Abs. 4 OR Stellung genommen. Es machte deutlich, dass die in Absatz 4 aufgeführte Ausnahme lediglich für Bagatellverträge beansprucht werden könne und nicht für Verträge, mit denen die wirtschaftlichen Ziele von eigentlichen Abzahlungskäufen verfolgt würden. Soweit letzteres der Fall sei, führte das Bundesgericht aus, unterstünden auch Verträge mit weniger als vier Raten dem Gesetz, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Parteien mit Umgehungsabsicht gehandelt hätten oder nicht[27].

Nach diesem Bundesgerichtsentscheid, der fest auf dem Boden einer wirtschaftlich realistischen Betrachtungsweise steht, darf das zürcherische, an sich immer noch bestehende, kassationsgerichtliche Präjudiz als über-

---

25 Vgl. ZR 68 (1969) 240 und 71 (1972) 91.

26 Giger, 70-80; derselbe, in NZZ Nr. 86 vom 21. Feb. 1970, S. 13; Keller, in NZZ Nr. 358 vom 5. Aug. 1970, S. 14; Siber, redaktionelle Bemerkung zu ZR 68 (1969) 240/243.

27 Bundesgerichtsentscheid vom 21. Juni 1972, veröffentlicht in SJZ 68 (1972) 253/54.

holt angesehen werden[28]. Oberste Richtschnur für die Anwendung des Abzahlungsgesetzes ist demnach der wirtschaftliche Zweck, den die Parteien zu erreichen suchen, während Form und Ausgestaltung der individuellen Vereinbarung in den Hintergrund treten. Selbst ein einfacher Kreditkauf (Lieferung heute, Zahlung morgen) oder ein Barkauf ("Zug um Zug") kann unter Umständen als Abzahlungskaufvertrag angesehen werden, wenn den Parteien zum vornherein klar ist, dass das Geschäft wegen Zahlungsschwäche des Käufers nicht ordnungsgemäss abgewickelt werden kann und für diesen Fall bereits ein System von Ratenzahlungen vorgesehen ist[29].

II. Uebrige Abzahlungsverträge

A. Der Begriff des Abzahlungsvertrages

a) Der erweiterte Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes durch Art. 226m Abs. 1 OR

Ausgangspunkt für die nachfolgend zu behandelnde Problematik ist die Tatsache, dass es der Gesetzgeber unterlassen hat, den Begriff des Abzahlungsvertrages zu definieren. In Artikel 226a Abs. 1 OR findet sich zwar eine Definition; indes betrifft sie lediglich den Kauf auf Abzahlung, während man hinsichtlich der begrifflichen Erfassung anderer Abzahlungsverträge im dunkeln tappt. Sollte damit die Anwendung des Abzahlungsgesetzes auf den Abzahlungskauf beschränkt bleiben? Die Antwort auf diese Frage ist nein. Art. 226m Abs. 1 OR bestimmt ausdrücklich, dass die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes für alle Rechtsgeschäfte und Verbindungen von solchen gelten sollen, soweit die Parteien damit die "gleichen wirtschaftlichen Zwekke" verfolgen wie bei einem Kauf auf Abzahlung. Die "crux" dieses Artikels ist jedoch sein vieldeutiger Wortlaut. Je nachdem, worin die "wirtschaftlichen Zwecke eines Kaufs auf Abzahlung" gesehen werden, gelangt man zu

---

28 In diesem Sinne: Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelrichter im summarischen Verfahren (ZR 72 (1973) 116 ff.) sowie redaktionelle Bemerkung zu diesem Urteil von Sieber; ebenso: redaktionelle Bemerkung von Jeanprêtre zum Bundesgerichtsurteil in SJZ 68 (1972) 253/54.

29 SJZ 62 (1966) 12; SJZ 73 (1977) 108; von Büren II, 64, FN 276.

einer engeren oder weiteren Auffassung des Begriffs des Abzahlungsvertrages.

In den nachfolgenden Abschnitten soll zuerst auf den herkömmlichen Abzahlungsvertragsbegriff eingegangen werden, der mit demjenigen eines Kaufs auf Abzahlung identisch ist. Hierauf sind zwei Theorien zu betrachten, die in neuerer Zeit an Boden gewonnen haben und die den Abzahlungsvertragsbegriff ausweiten. Schliesslich soll eine eigene Definition des Abzahlungsvertrages herausgeschält werden, die den Absichten des Gesetzgebers und auch den Bedürfnissen der Praxis entspricht; sie wird dann im nächsten Hauptabschnitt zur Bestimmung und Abgrenzung der wichtigsten Abzahlungsvertragstypen herangezogen werden.

1. Der herkömmliche Abzahlungsvertragsbegriff: Kaufsabhängige Begriffsbildung[30]

Bis heute ist in Doktrin und Rechtsprechung mehrheitlich die Meinung vertreten worden, eine Vereinbarung müsse, um als Abzahlungsvertrag überhaupt in Frage zu kommen, in erster Linie einen Kauf darstellen, zu dem als weiteres Merkmal die ratenweise Tilgung des Preises hinzutrete. Bildet nicht die Uebereignung, sondern die Nutzung einer Sache den Vertragsgegenstand, oder wird eine Dienst- bzw. eine Arbeitsleistung gegen Raten erbracht, so fällt nach vorherrschender Auffassung die Anwendung des Abzahlungsgesetzes ausser Betracht. Die Anhänger dieser kaufsabhängigen Begriffsbildung realisieren zwar, dass Art. 226m Abs. 1 OR den Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes erweitert, ihre Auslegung der "wirtschaftlichen Zwecke eines Kaufs auf Abzahlung" führt jedoch zu einer blossen Scheinerweiterung: Unter Hinweis auf die Definition eines Kaufs auf Abzahlung in Art. 226a Abs. 1 OR wird ausgeführt, wirtschaftlich wesentlich sei neben den Teilzahlungen auch die Uebergabe einer beweglichen Sache. Demgemäss wird Art. 226m Abs. 1 OR nur angewandt, wenn ein formell nicht als Kauf in Erscheinung tretender Vertrag letzten Endes eben

30 Vgl. Giger, 53 f.

doch auf Uebereignung des Vertragsgegenstandes hinzielt, z.B. wenn in einem als Mietvertrag ausgestalteten Vertrag eine Kaufklausel vorhanden ist und von den Parteien in erster Linie die Uebereignung angestrebt wird. Die Anstrengungen der Gerichte konzentrieren sich deshalb auf die Prüfung der Frage, ob die Parteien mit Veräusserungsabsicht gehandelt hätten oder nicht. Wird die Veräusserungsabsicht bejaht, so erfolgt Subsumption unter Kaufs- bzw. Abzahlungsrecht, andernfalls wird ein Abzahlungsvertrag verneint. Das kaufrechtliche Element, nicht das abzahlungsrechtliche, wird so zum entscheidenden Kriterium.

Die starke Gewichtung des Kaufelementes wird verständlich, wenn man die Systematik des Gesetzes betrachtet und bedenkt, dass die Art. 226a-228 OR im sechsten Titel des Obligationenrechtes (Kauf und Tausch) untergebracht sind, und zwar im Abschnitt: Besondere Arten des Kaufs. Sie wird noch besser verständlich, wenn man realisiert, dass selbst das Gesetz zwischen den Begriffen Abzahlungskauf und Abzahlungsvertrag nur ungenügend differenziert[31], weshalb man versucht sein könnte, die beiden Begriffe als Synonyma zu verwenden. Letzteres kann – soll dem Art. 226m Abs. 1 OR ein eigener Sinn zukommen – nicht der Fall sein, würde doch sonst nur das von Art. 226a Abs. 1 OR bereits Erfasste noch einmal dem Gesetz unterstellt. Zur Bekämpfung von Umgehungsgeschäften ist Art. 226m Abs. 1 OR nämlich überflüssig, weil dieses Ziel bereits durch eine zweckbezogene Tatbestandsauslegung unter Zuhilfenahme von Art. 18 OR (Simulation) erreicht werden kann[32]. Träfe die von den Anhängern der kaufsabhängigen Begriffsbildung vorgenommene Auslegung des Art. 226m Abs. 1 OR zu, so müsste dem Gesetzgeber bei der Schaffung dieses Artikels ein bedauerlicher gesetzlicher Pleonasmus[33] passiert sein[34].

---

31 Vgl. vorn, FN 3.

32 Wird ein formell als Miete bezeichneter Vertrag so abgefasst, dass der Mieter nach einer gewissen Zeit automatisch Eigentümer des Mietobjektes wird, und erscheint dies auch als Hauptzweck der Vereinbarung, so liegt eben nicht Miete, sondern ein Abzahlungsvertrag vor.

33 Giger, 54.

34 Ihrer Scheinwirkung wegen nennt Giger diese Theorie auch unechte Analogietheorie.

2. Echte Analogietheorie: Kaufsunabhängige Begriffsbildung[35]

Die von den Gerichten nur in Ansätzen angewandte echte Analogietheorie geht von der Erkenntnis aus, dass dem Artikel 226m Abs. 1 OR ein selbständiger Anwendungsbereich zukommen muss, der über das Kaufsrecht hinausreicht. Dieser selbständige Anwendungsbereich wird darin gesehen, dass die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes auf Rechtsgeschäfte analog angewandt werden können, die weder formell noch materiell Abzahlungskäufe darstellen, bei denen jedoch wirtschaftlich sämtliche Vor- und Nachteile eines Abzahlungskaufs vorhanden sind[36].

In der Literatur wird die analoge Anwendung abzahlungsrechtlicher Schutzvorschriften z.B. dann befürwortet, wenn bei echten Mietverträgen (bei denen eine Eigentumsübertragung also nicht angestrebt wird) die Mietzinse während einer festen Vertragsdauer die Höhe des Kaufpreises erreichen. Begründet wird dies damit, dass Kredithöhe und Verschuldung des Mieters dieselben seien wie bei einem echten Abzahlungskauf, mit dem zusätzlichen Nachteil, dass der Mieter nach Ablauf der Vertragsdauer das Eigentum am Mietgegenstand nicht einmal erhalte[37].

3. Abzahlungsvertragstheorie: Geldleistungsabhängige Begriffsbildung

Noch einen Schritt weiter geht eine dritte Theorie, die vor einigen Jahren von Prof. Hans Giger entwickelt worden ist. In seinem Artikel: "Geldleistung als vertragstypenbestimmender Faktor"[38] legt Giger mit grosser

---

35 Giger, 54 f.

36 Die echte Analogietheorie ist etwa dann angewandt, wenn ein Richter einen als Auftrag (und nicht als Kauf) qualifizierten Ratenvertrag den Regeln über den Abzahlungskauf unterstellt. Der Vertrag wird dann nicht als richtiger Abzahlungsvertrag betrachtet, wohl aber wie ein solcher behandelt. (Vgl. Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 9.6.1966, zit. bei Giger 55, FN 51).

37 Vgl. Stofer, 150.

38 Festgabe für Karl Oftinger zum Thema Revolution der Technik – Evolution des Rechts, 63-86; vgl. auch Giger, 51-63.

Ueberzeugungskraft und nach eingehender Würdigung von Materialien und Zielen der Gesetzesrevision von 1962 dar, dass beide vorstehend erörterten Auslegungstheorien von Art. 226m Abs. 1 OR abgelehnt werden müssen. Nach Gigers Untersuchung kommt der genannten Gesetzesbestimmung eine Bedeutung zu, die weit über das Kaufsrecht hinausreicht und die bislang von Doktrin und Rechtsprechung noch nicht entdeckt worden ist. Giger behauptet – und führt dafür stichhaltige Argumente an –, dass der Gesetzgeber mit Art. 226m Abs. 1 OR das Kaufsrecht verlassen und einen eigenständigen Vertragstypus – den Abzahlungsvertrag – erschaffen hat, der nicht (wie gewöhnlich) durch die Sach- bzw. Arbeitsleistung charakterisiert ist, sondern allein durch die spezifische Art der zu erbringenden Geldleistung[39]. Wichtig, ja allein entscheidend für die Subsumption als Abzahlungsvertrag, ist nach Giger das Moment der Kreditierung einer Geldleistung verbunden mit periodischer Zahlungspflicht. Die Natur der synallagmatischen Gegenleistung ist dagegen völlig nebensächlich; es kann sich um Sachen, Dienste oder um Arbeit handeln[40, 41].

Gigers wichtigste Argumente, knapp gefasst, sind dem Sinne nach die folgenden:[42]

a) Obwohl der Abzahlungsvertrag seine gesetzliche Regelung im Besondern Teil des Obligationenrechtes gefunden habe und zwar unter dem Titel: Kauf und Tausch, sub "Besondere Arten des Kaufes", dürfe nicht ohne weiteres angenommen werden, damit seien kaufsatypische Abzahlungs-

---

39 Traditionellerweise ist das Augenmerk bei der Subsumptionswahl vorwiegend auf die Sach- oder Arbeitsleistung gerichtet und nicht auf die Geldleistung. So sind z.B. beim Kauf die Uebergabe einer beweglichen Sache, beim Arbeitsvertrag die Leistung von Diensten, entscheidende Subsumptionsmerkmale; die Art der Geldleistung (Bar-, Kredit-, Raten-) ist für die Qualifizierung dagegen nebensächlich.

40 Giger, Geldleistung, 83; vgl. auch Giger, 81 f.

41 Das Vertragsverhältnis wird von Giger gewissermassen von der Gegenseite, der Geldseite, her betrachtet. Er gelangt damit zu einer Vertragstypenbestimmung, die sich über mehrere "gewöhnliche" Vertragsarten erstrecken kann. Dienstverträge, Aufträge, Werkverträge etc., können zu Abzahlungsverträgen werden, sobald nur die Geldleistung als kreditiert und periodisch zahlbar erscheint "wie bei einem Kauf auf Abzahlung".

42 Vgl. Giger, Geldleistung, 76-83; und Giger, 56-67.

verträge unmöglich. Es komme in der Praxis immer wieder vor, dass eine ursprünglich reine Gesetzessystematik durch spätere Abänderungen und Ergänzungen durchbrochen werde.

b) Das für einen Kauf auf Abzahlung Typische, auf das Art. 226m Abs. 1 OR Bezug nehme, liege nicht, wie die Praxis irrtümlich glaube, darin, dass eine Sache zu übergeben sei, sondern darin, dass in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis die eine Partei vorleiste, während die andere in Raten zahle. Eine derartige Struktur könne jedoch auch ein Vertrag aufweisen, bei dem die Leistung des voraus Erfüllenden nicht in der Uebergabe einer Sache bestehe, sondern in der Verrichtung von Arbeit oder Diensten.

c) Aus den Materialen ergebe sich, dass man es durchaus der Rechtsprechung habe überlassen wollen, den Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes auf andere als Kaufverträge auszudehnen. Eine restriktive Auslegung, wie sie von den Gerichten heute vorgenommen werde, sei deshalb historisch nicht gerechtfertigt[43].

d) Gegen eine engherzige Auslegung des Gesetzestextes spreche aber vor allem auch die teleologische Interpretation: Das zentrale Anliegen des Gesetzgebers sei es gewesen, einen möglichst lückenlosen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren und geschäftlich Unkundigen vor einem in jeder Hinsicht überlegenen Vertragspartner zu gewährleisten. Die abzahlungsrechtlichen Vorschriften müssten deshalb immer dann angewandt werden, wenn ein sonst nicht zustande kommender Geschäftsabschluss durch das Mittel der Kreditierung "wie bei einem Kauf auf Abzahlung" möglich gemacht werde. Der Abzahlungs*charakter* (Stundung plus Ratentilgung) sei das entscheidende Moment, nicht die sachen-

---

43 Giger belegt diese Behauptung mit dem folgenden Auszug aus der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag vom 26. Januar 1960 (in: BBl 112 (1960) I, 544 ff., v.a. 546):

> "Da eine Erfassung aller Verträge, bei denen das Abzahlungssystem angewendet wird, Schwierigkeiten bereiten könnte, wird es der Rechtsprechung überlassen, auch wirtschaftliche Leistungen, die nicht die Veräusserung einer beweglichen Sache betreffen, wie Flugreisen, Autoreparaturen, Ferien u. dgl., nach den Regeln über Abzahlungsverträge zu behandeln."

rechtliche Uebergabe eines beweglichen (Kauf)Gegenstandes. Der wirtschaftlich schwächere Teil sei bei jeder Kombination mit Abzahlungscharakter schutzbedürftig, bestehe die Vorleistung der Gegenseite nun in einer Sachleistung, in Diensten oder in Arbeit.

Auf Grund solcher Ueberlegungen kommt Giger zum Schluss, dass durch Art. 226m Abs. 1 OR eine Kontraktsgattung sui generis geschaffen worden sei, die als Abzahlungsvertrag bezeichnet werden könne und deren eine Unterart der Abzahlungskauf darstelle.

4. Würdigung der Theorien und Einschränkung der Abzahlungsvertragstheorie

Die herkömmliche, kaufsabhängige Begriffsbildung ist abzulehnen, weil ein gesetzlicher Pleonasmus – wie von Giger aufgedeckt – vom Gesetzgeber mit Bestimmtheit nicht beabsichtigt worden ist. Ein derartiger Abzahlungsvertragsbegriff wird dem Schutzgedanken des Abzahlungsgesetzes nicht gerecht, denn solange die Gerichte daran festhalten, dass ein Kauf vorliegen müsse, bevor die Frage nach dem Abzahlungscharakter eines Vertrages überhaupt gestellt werden könne, weist der Sozialschutz Löcher auf. Eine grosse Zahl von Gerichtsurteilen zeugt vom unermüdlichen Versuch gewisser Geschäftskreise, den strengen Vorschriften des Abzahlungsgesetzes durch kautelarjuristische Kunstgriffe zu entgehen[44].

Die echte Analogietheorie vermöchte hier bis zu einem gewissen Grade Abhilfe zu schaffen. Indes erscheint sie überflüssig, weil die Abzahlungsvertragstheorie Gigers den historischen und gegenwärtigen Ziel- und Zweckbestimmungen der Gesetzesnovelle von 1962 besser gerecht wird.

Mit Giger ist vor allem anzunehmen, dass das wirtschaftlich wesentliche Moment eines Kaufs auf Abzahlung, auf welches in Art. 226m Abs. 1 OR Bezug genommen wird, nicht in der Uebergabe einer beweglichen Sache

---

44 Der Weg besteht gewöhnlich darin, einen Kauf auf Abzahlung als Werkvertrag, Sukzessivlieferungsvertrag oder als Auftrag zu tarnen und so das Abzahlungsgesetz auszuschalten.

liegt, sondern im besonderen Zahlungsmodus. Es gehört zwar zum Wesen eines Kaufs, dass eine Sache übergeben wird; was den Vertrag jedoch zum Abzahlungskauf stempelt, ist die Stundung des Kaufpreises unter Zugestehung von Teilzahlungen. Im besonderen Zahlungsmodus, nicht in der Sache selbst, liegt das Verführerische eines Abzahlungskaufs – dies ist sein Wesensmerkmal – und bei einer derartigen Struktur sollte das Abzahlungsgesetz Anwendung finden, sei das Geschäft als Kauf, Miete oder auch als etwas anderes bezeichnet. Für den geschäftlich und finanziell Unerfahrenen, den das Abzahlungsgesetz schützen will, spielt es letztlich keine Rolle, ob der Vertrag, zu dem er dank Kreditierung mit Teilzahlungen verführt worden ist, eine Verpflichtung zum Erwerb einer Sache beinhaltet oder eine solche zum Erwerb einer Dienst- bzw. Arbeitsleistung. In allen Fällen ist seine wirtschaftliche Belastung dieselbe, und in allen Fällen bedarf er des gleichen gesetzlichen Schutzes.

Die Abzahlungsvertragstheorie ist überdies geeignet, die Aufgaben der Rechtsprechung zu vereinfachen. Die mitunter schwierigen Subsumptionsfragen (Kauf/Sukzessivlieferung/Auftrag) verlieren an Bedeutung, während die relativ einfache Frage nach der Struktur der Geldleistung in den Vordergrund tritt.

Immerhin erscheint Gigers Definition eines Abzahlungsvertrages doch etwas zu umfassend. Würde nämlich allein das Moment der kreditabbauenden Ratenzahlung zum Begriffsmerkmal des Abzahlungsgeschäftes gemacht, so müssten auch Ratenvereinbarungen von Aerzten, Zahnärzten, Rechtsanwälten, Eheberatern etc. darunter fallen. Demgemäss müssten alle diese Berufsleute, wollten sie Ratenzahlungen zugestehen oder müssten sie von Anfang an mit solchen rechnen, vor Beginn ihrer Hilfeleistung eine Anzahlung verlangen und mit Beginn der Arbeit (sicherheitshalber) fünf Tage zuwarten[45]. Eine dermassen weitreichende Wirkung hat der Gesetzgeber dem Ab-

45 Giger bestreitet diese Konsequenz, indem er darauf hinweist, dass Aerzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte (diese schon mit Rücksicht auf die Standesregeln) etc. keine Abzahlungsgeschäfte tätigen, sondern ein Gesamthonorar verlangen würden. Eine nachträgliche Stundung mache den Vertrag nicht zum Abzahlungsgeschäft (Giger, 199 und 119 FN 190). Mag diese Argumentation auch in vielen Fällen richtig sein, so lässt sich eben doch nicht bestreiten, dass mancher Arzt, Zahnarzt oder Rechtsanwalt

zahlungsgesetz mit Bestimmheit nicht zugedacht. Es stellt sich daher die Frage, ob und wie Gigers Definition vernünftig eingeschränkt werden kann.

Giger kommt zu seiner Begriffsbestimmung, indem er das Grundsätzliche des in Art. 226m Abs. 1 OR als Beispiel genannten Kaufs auf Abzahlung in den folgenden zwei Faktoren erblickt: a) die Sach- bzw. Arbeitsleistung muss im voraus erbracht werden, und b) die Geldleistung wird kreditiert und in Raten abbezahlt[46]. Eine historisch-zweckbezogene Interpretation der Gesetzesnovelle von 1962 zeigt jedoch, dass noch ein drittes Merkmal beizufügen wäre: Bei Erlass des Abzahlungsgesetzes ging es darum, minderbemittelte Bevölkerungsschichten vor unbedachten Ausgaben für wenig notwendige Güter zu bewahren und sie dadurch vor finanzieller Bedrängnis zu schützen[47]. Weil das Abzahlungsgesetz aber speziell zum Schutze der Minderbemittelten erlassen worden ist, darf andrerseits auch nicht angenommen werden, es habe deren Stellung mit Bezug auf Lebensnotwendigkeiten erschweren wollen. Ratenvereinbarungen über höchstpersönliche bzw. wirtschaftlich oder sozial unentbehrliche Güter sollten deshalb nicht unter das Abzahlungsgesetz fallen[48]. Da der Gesetzgeber offenbar die Auffassung vertreten hat, der Erwerb materieller beweglicher Güter könne kaum je

---

bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Stundung seines Honorars rechnen muss. Bei realistischer Betrachtungsweise sind damit aber die Merkmale eines Abzahlungsvertrages im Sinne von Gigers Definition wiederum erfüllt.

46 Giger, Geldleistung, 78; und Giger, 57.

47 Vgl. die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung:
"Auch bedient sich der Handel oft der modernen Werbemethoden gegenüber einer Käuferschicht, die infolge ihrer geschäftlichen Unerfahrenheit ihre Interessen nicht oder nur ungenügend zu wahren versteht. Häufig wird dabei ein Bedürfnis nach einer Sache geweckt, an deren Erwerb der Käufer kein wirkliches Interesse besitzt, für die er aber beträchtliche Mittel aufwendet, sich also einem grossen Risiko aussetzt, da er nicht weiss, wie sich seine nächste Zukunft wirtschaftlich gestaltet." (BBl 112 (1960) I, 534)

48 Dies kann mit einem Zitat aus der Botschaft belegt werden:
"Ueberall, wo die Wahrung höchstpersönlicher Interessen in Frage steht, wie bei der Inanspruchnahme eines Anwalts, eines Arztes oder Zahnarztes, wäre eine Anwendung der Vorschriften des Abzahlungsvertrages nicht ohne weiteres angemessen." (BBl 112 (1960) I, 546)

eine Lebensnotwendigkeit darstellen, hat er den Kauf auf Abzahlung zum Prototyp eines Abzahlungsvertrages erhoben, der in jedem Fall unter die Gesetzgebung fällt. Bei Ratenverpflichtungen für andere Leistungen dagegen, muss der Notwendigkeits- oder Unentbehrlichkeitstest durchgeführt werden, sodass als drittes Merkmal eines Abzahlungsvertrages zu nennen wäre:
c) die Sach- oder Arbeitsleistung ist wirtschaftlich oder sozial entbehrlich.

Die grundsätzlich zutreffende Definition Gigers ist daher um ein Element zu erweitern, auch wenn dabei die nicht geldmässige Leistung als Kriterium wieder mit einbezogen werden muss. Demgemäss kann ein Abzahlungsvertrag wie folgt defniniert werden:

> Ein Abzahlungsvertrag im Sinne eines contractus sui generis liegt vor, wenn in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis von einer Partei eine Sach- bzw. eine wirtschaftlich und sozial entbehrliche Dienst- oder Arbeitsleistung erbracht wird, unter Kreditierung der Gegenleistung mit periodischer Zahlungsverpflichtung.

Die Einführung eines sozialpolitischen Elements in die Begriffsbestimmung hat Vor- und Nachteile. Als Vorteil darf gewertet werden, dass flexible Lösungen möglich sind, die eine Anpassung an die konkrete Situation erlauben[49]. Diese Stärke bedeutet jedoch gleichzeitig auch die Schwäche der Definition, indem die Parteien etwa im Zweifel sein mögen, ob eine wirtschaftlich oder sozial entbehrliche Leistung vorliege oder nicht. Allgemein kann gesagt werden, dass der Massstab für die (das Abzahlungsgesetz ausschliessende) Unentbehrlichkeit ein strenger sein muss, sollen nicht neue Umgehungswege eröffnet werden[50].

---

49 So könnte z. B. die Durchführung einer teuren, medizinisch nicht unbedingt angezeigten Schönheitsoperation als entbehrlich betrachtet werden, im Gegensatz etwa zu einer medizinisch bedingten Erholungsreise. Im ersten Fall käme bei Ratenvereinbarungen das Abzahlungsgesetz zur Anwendung, im zweiten dagegen nicht.

50 Der Abschluss eines Fernkurs- oder Unterrichtsvertrages müsste z. B. stets als sozial und wirtschaftlich entbehrlich betrachtet werden, selbst wenn der Kursteilnehmer unter Umständen die Chance haben sollte, dank zusätzlicher Ausbildung seine berufliche oder persönliche Stellung zu verbessern.

b) Abzahlungsverdächtige Indizien; die Bedeutung der Veräusserungsabsicht für die Subsumption als Abzahlungsvertrag

Aus der eben umschriebenen Begriffsbestimmung geht hervor, dass die Veräusserung des Vertragsgegenstandes bzw. die dahingehende Absicht der Parteien, nicht unbedingt als Wesensmerkmal eines Abzahlungsvertrages zu gelten hat. Das betreffende Vertragsobjekt mag unter Umständen gar nicht zur Veräusserung geeignet sein (Dienst- und Arbeitsleistung), oder eine Veräusserung mag durch Parteiwillen ausgeschlossen sein (Mietvertrag mit Veräusserungsverbot), gleichwohl kann der Vertrag als Abzahlungsgeschäft angesehen werden. Entscheidend ist einzig das Verhältnis der beidseitigen Leistungen zueinander: Steht einer einheitlichen Leistung auf der einen Seite eine in Raten aufgeteilte und kreditierte Geldleistung gegenüber, so handelt es sich um einen Abzahlungsvertrag (Leistungsungleichgewicht zufolge Kreditierung); ist das Leistungsgleichgewicht während der Abwicklung des Vertrages jedoch ständig gewahrt – z. B. weil die beidseitigen Leistungen je in Raten erbracht werden, die untereinander und insgesamt gleichwertig sind – so liegt kein Abzahlungsvertrag vor (Leistungsgleichgewicht zufolge Leistungsabtausch)[51].

Die theoretische Unterscheidung soll anhand von Beispielen veranschaulicht werden: Beim Abzahlungskauf – dem Prototyp eines Abzahlungsvertrages – erbringt der Verkäufer eine einmalige Leistung (Uebergabe der Sache), während die Gegenleistung in Form von Geld kreditiert und vom Käufer in Raten zahlbar ist. Anders verhält es sich bei nicht abzahlungsmässigen Ratenverträgen, wie z. B. bei echten Mietverträgen. Hier werden festgelegte Nutzungseinheiten (Mietperioden) gegen entsprechende Vergütung ausgetauscht. Mieter und Vermieter befinden sich in einem dauernden Leistungsgleichgewicht, welches sich u. a. darin zeigt, dass der Vertrag praktisch von einem Tag auf den andern aufgelöst werden könnte, ohne dass die Parteien einander etwas schuldig wären[52]. Das Aequivalenzverhältnis zwischen den beidseitigen Leistungen ist beim Mietvertrag in jedem Stadium der Vertragsab-

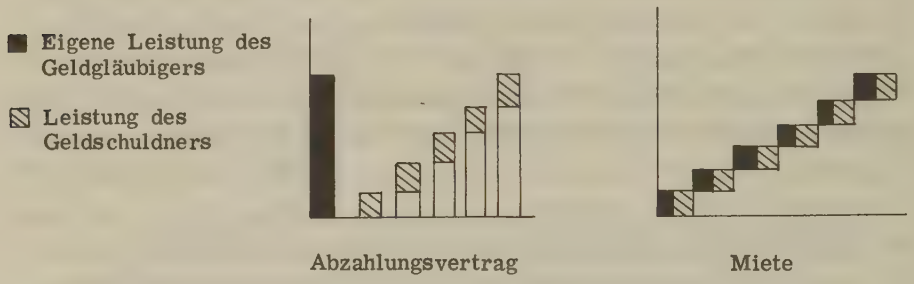
---

51 Vgl. Giger, 133 f.

52 Ersatzforderungen vorbehalten.

wicklung gewahrt. Im Gegensatz zum Abzahlungskäufer beansprucht der Mieter den Kredit der Gegenseite nicht.

Schematisch lässt sich die Gegenüberstellung von Abzahlungsvertrag und leistungsaequivalenter Dauerschuld wie folgt darstellen:



Anhand von Kriterien wie Leistungsäquivalenz und Leistungsungleichgewicht ist die Abgrenzung von Abzahlungsvertrag und sonstigen Ratenverträgen vorzunehmen und nicht allein anhand einer allenfalls vorhandenen Veräusserungsabsicht.

Immerhin ist eine Veräusserungsabsicht auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht vollständig bedeutungslos. Sie ist ein wesentliches Indiz für das Vorliegen einer einmaligen und kreditierten Leistung seitens des Sach- oder Arbeitslieferanten und kann deshalb ein wesentliches Indiz für das Vorliegen eines Abzahlungsvertrages sein. Es rechtfertigt sich darum, in den folgenden Erörterungen ein besonderes Augenmerk auf eine allfällig vorhandene Veräusserungsbereitschaft oder -absicht zu legen.

B. Vertragstypen und Abgrenzungsfragen

a) Miet- und Mietkaufverträge

Unter dem Begriff Mietkaufvertrag wird ein auf Umsatz gerichteter Vertrag oder eine Vertragskombination verstanden, die in der ersten Phase ihrer Abwicklung mietvertragsähnliche Züge aufweist, schliesslich jedoch in einem Kaufsgeschäft endet. Beim sogenannt echten Mietkaufvertrag ist die Umwand-

lung von Miete in Kauf zwingender Natur und beruht auf dem bei Vertragsabschluss geäusserten Parteiwillen. Der Vertrag dient, genau wie ein Abzahlungskaufvertrag, dazu, dem vermögenslosen Käufer den Erwerb teurer Konsumgüter zu ermöglichen, ohne dass vorher gespart werden müsste. Dem Verkäufer andrerseits erlaubt der Mietkaufvertrag Umsätze zu steigern, indem er eine Käuferschicht erreicht, die bar überhaupt nicht zu kaufen vermöchte.

Die Miete oder ein ansehnlicher Teil der Mietzahlungen werden dem Erwerber im Zeitpunkt der Umwandlung des Geschäftes an den Kaufpreis angerechnet. Dabei ist die Vertragsdauer häufig so angesetzt, dass die Höhe der Mietzinse den ursprünglichen Wert des Kaufgegenstandes erreicht oder gar übersteigt; der Eigentumsübergang kann dann nach Ablauf des Mietverhältnisses entschädigungslos erfolgen. Gewöhnlich wird dem Mieter auch das Recht eingeräumt, die restlichen Mieten auf einmal zu entrichten und auf diese Weise das Geschäft vorzeitig zu Ende zu bringen. Die Parteien sind eben nicht an der Ueberlassung zeitlich begrenzter Nutzung interessiert, sonder prinzipiell an Uebereignung.

Die Uebereinstimmung der rechtlichen Struktur eines echten Mietkaufvertrages mit derjenigen eines Kaufs auf Abzahlung (mit Eigentumsvorbehalt) ist offensichtlich. In beiden Fällen erlangt der Käufer sofortigen, auf Dauer ausgerichteten Besitz am Kaufgegenstand und kann diesen grundsätzlich wie ein Eigentümer gebrauchen. In beiden Fällen wird der Kaufpreis über längere Zeit hinweg in Raten getilgt, während das Eigentum bis zur letzten Zahlung auf der Verkäuferseite verbleibt. Der echte Mietkaufvertrag erfüllt somit wirtschaftlich und funktionell genau dieselben Aufgaben wie ein Abzahlungskauf, weshalb er auch voll und ganz dem Abzahlungsgesetz unterstellt ist[53].

Weil dem so ist, haben gewisse Wirtschaftskreise, die an der Einhaltung abzahlungsrechtlicher Vorschriften wenig Interesse zeigten, schon bald nach Umgehungsmöglichkeiten gesucht. Einer dieser Wege besteht darin, einen Mietkaufvertrag als einfache Miete zu tarnen. Durch kurze Vertragsbindun-

---

53 Art. 226m Abs. 1 OR; Giger, 128.

gen und Einräumung von Kündigungsmöglichkeiten wird der Eindruck erweckt, eine allfällige Uebereignung des Vertragsgegenstandes sei, auch wenn ein Verkauf grundsätzlich zulässig ist, keinesfalls der Hauptzweck des Vertrages. Ein anderer Weg besteht darin, zweiteilige Vertragsformulare zu verwenden, deren eines als Mietvertrag ausgestaltet ist, während sich das andere als Barkaufvertrag präsentiert. Schliesslich kommt es auch etwa vor, dass lediglich ein Mietvertrag abgeschlossen wird, dabei aber der Verkäufer den "Mieter" mündlich auf die Kaufsmöglichkeit aufmerksam macht. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob ein Abzahlungsgeschäft vorliege oder nicht.

Nach der früher erörterten Begriffsbestimmung[54] muss von einem Abzahlungsvertrag grundsätzlich immer dann gesprochen werden, wenn die Leistung des "Vermieters" als einmalige, kreditierte anzusehen ist, welcher periodische Rückzahlungen des "Mieters" gegenüberstehen. Deutlichstes Indiz für die abzahlungsrechtliche Struktur des Vertrages ist eine allenfalls vorhandene Uebereignungsabsicht der Parteien. Immerhin ist eine solche nicht unbedingt erforderlich, wenn der Abzahlungscharakter des Geschäfts auf andere Weise zu Tage tritt. Der Richter hat die Verhältnisse im Einzelfall zu würdigen. Dabei sind die folgenden Ueberlegungen relevant:

1. Ein strukturmässig mit einem Abzahlungsvertrag identischer Mietkaufvertrag liegt vor, wenn der Mieter durch eine relativ lange vertragliche Bindung und kaufmässig - d. h. den reinen Mietwert übersteigend[55] - festgelegte Raten gezwungen wird, eine erhebliche Quote des Kaufpreises in Form von sogenannten Mieten zu entrichten. Selbst wenn der Mieter vertraglich nicht verpflichtet sein sollte, das Mietobjekt am Ende der Vertragsdauer zu erwerben, so wird er nach Erlegung einiger hoher Mietzinse faktisch gezwungen sein, das Geschäft bis zur Uebernahme fortzuführen. Andernfalls würde er eine grosse

---

54 Vgl. vorn, S. 94.

55 Kaufmässig ist ein Mietzins festgelegt, wenn die Zinsen handelsüblichen Abzahlungen entsprechen; mietmässig ist er dagegen, wenn er die Entschädigung darstellt, welche die im Wettbewerb stehenden Fabrikanten oder Händler für die blosse Gebrauchsüberlassung des betreffenden Gegenstandes verlangen (Hug, 283).

wirtschaftliche Einbusse erleiden und seine hohen Zahlungen für einen geringen Gegenwert verlieren[56].

2. Bei der unter Ziffer 1 beschriebenen Vertragsstruktur spielt es keine Rolle, ob der Vertrag nach Ablauf einer gewissen Zeit kündbar ist oder nicht. Auch bei kündbaren Verhältnissen kommt der hablose Mieter unter faktischen Kaufzwang, wenn er vorher 1/2, 1/3 oder auch weniger des Kaufpreises in Form von kaufmässigen Mieten bezahlen muss[57].

3. Schwierig zu entscheiden ist die Frage, wann die Schwelle des faktischen Zwanges erreicht ist. Es spielen dabei die persönlichen Verhältnisse des Mieters eine ganz entscheidende Rolle. Der wirtschaftlich schlecht gestellte Mieter wird eine Vermögenseinbusse durch Kündigung des Vertrages und Rückgabe des Mietobjektes weniger verkraften können als der gut gestellte; er wird deshalb eher unter faktischen Kaufzwang kommen als jener.

4. Das Mass der wirtschaftlichen Einbusse hängt vom Verhältnis der Faktoren Lebensdauer des Vertragsgegenstandes, Ratenhöhe und Dauer der Mietzinszahlungen ab, wobei folgendes festgestellt werden darf: Erreicht die Summe der Ratenzahlungen die Höhe des Kaufpreises weit vor Ablauf der Lebensdauer des betreffenden Mietobjektes, so erleidet der Mieter durch Kündigung eine wirtschaftliche Einbusse. Die Vermögenseinbusse wird umso grösser, je länger Raten entrichtet werden und je kleiner die Restanz bis zum vollen Erwerb des gemieteten Gegenstandes wird. Sind kaufmässig festgelegte Mietraten für mehrere Monate fest geschuldet und handelt es sich beim Mieter nicht um eine wirtschaftlich offensichtlich gut gestellte Persönlichkeit, so darf mit Fug angenommen werden, in den Mietzahlungen seien verkappte Abzahlun-

---

56 Stofer, 143.

57 Vgl. SJZ 64 (1968) 134. Faktischer Zwang wurde in einem vom Bundesgericht beurteilten Fall nach Entrichtung eines Drittels des Kaufpreises angenommen (BGE 95 IV 104 E. 4) beziehungsweise in einem anderen Fall bereits nach Entrichtung eines Fünftels (BGE 101 IV 100 E. 2).

gen enthalten. Sofern nicht andere Indizien eine gegenteilige Auslegung zwingend erfordern, gelangt ein solcher Vertrag in den Schutzbereich des Abzahlungsgesetzes und es ist zu vermuten, dass die Parteien an der Kreditierung des Kaufpreises mit Teilzahlungen interesseirt gewesen seien und nicht an einer zeitlich beschränkten Miete.

5. Gelegentlich drängen Verkäufer – um der Anwendung des Abzahlungsgesetzes ganz sicher zu entgehen – auf Abschluss eines sogenannt "reinen Mietvertrages". Entsprechend enthält der Vertrag nicht nur keine Kaufklausel, sondern er schliesst den Erwerb des Mietgegenstandes sogar ausdrücklich aus. Indessen schützt auch dieses Vorgehen nicht immer vor der Anwendung abzahlungsrechtlicher Vorschriften. Hat der Kunde materiell ein Interesse am Abschluss eines Abzahlungsvertrages, schliesst er jedoch aus finanziellen Gründen (zuwenig Barmittel für die Anzahlung) einen Mietvertrag ab, der ihn ebenso sehr belastet, so befindet er sich in der gleichen, wenn nicht in einer noch misslicheren Lage als ein Abzahlungskäufer. Im Gegensatz zu jenem erwirbt nämlich der Mieter am Ende der Vertragsdauer das Eigentum am Mietobjekt nicht. Sind die Mietzinsen kaufmässig festgelegt, und erreichen sie bis zum Ablauf der Vertragsdauer ungefähr die Höhe des Kaufpreises, so erfordert der Schutzzweck des Gesetzes die Gleichstellung einer derartigen Miete mit einem Abzahlungsvertrag. Kredithöhe und Art der Verschuldung (Teilzahlungen) sind in beiden Fällen dieselben und die alleinige Minderleistung des Vermieters darf nicht dazu führen, dass der wirtschaftlich Schwächere des gesetzlichen Schutzes beraubt wird[58].

6. Nicht dem Abzahlungsgesetz unterstehen dagegen echte Mietverträge, bei denen der Zins mietmässig[59] festgesetzt wird und die mit Rücksicht auf subjektive Interessen des Mieters abgeschlossen werden. In solchen Fällen besteht kein wirtschaftlicher Zwang zur Weitermiete und es fehlt insbesondere das Moment der Kreditierung[60].

---

58 Vgl. Stofer, 150 f.; SJZ 69 (1973) 359.

59 Vgl. vorn, FN 55.

60 Vgl. vorn, S. 95 f.

b) Leasingverträge

1. Echte und unechte Leasingverträge

Der amerikanische Ausdruck "Leasing" - ein Sammelbegriff für eine grosse Anzahl entgeltlicher Gebrauchsüberlassungsverträge - ist ins Deutsche übernommen worden. Seine Bedeutung ist hierzulande enger als in den USA, leider jedoch alles andere als klar[61]. An dieser Stelle soll der Versuch unternommen werden, den Inhalt des Leasingbegriffs etwas deutlicher zu machen und insbesondere darzustellen, unter welchen Voraussetzungen Leasingverträge den Vorschriften über den Abzahlungsvertrag zu unterstellen sind. Dabei ist stets vor Augen zu halten, dass aus Reklamegründen oft Verträge als "Leasing" bezeichnet werden, die sich bei genauerer Prüfung als gewöhnliche Miet-, Pacht- oder Mietkaufverträge entpuppen. Von solchen Vereinbarungen handeln die folgenden Ausführungen nicht. Unechte Leasingverträge unterstehen dem Abzahlungsgesetz unter den früher besprochenen oder noch zu besprechenden Voraussetzungen derjenigen Vertragsart, der sie angehören.

2. Leasingverträge im engeren Sinn (indirektes Leasing)

2.1. Begriff

Als Leasing im engeren Sinn wird eine in den USA entwickelte Finanzierungsmethode bezeichnet (Finance Equipment Leasing), an der wirtschaftlich drei Parteien beteiligt sind[62]. Ausgangspunkt für die Entwicklung dieser Finanzierungsart war die Erkenntnis, dass der Unternehmer in vielen Fällen nur an der Nutzung seiner Produktionsmittel interessiert ist, während er das Eigentum für seine Geschäftstätigkeit nicht benötigt. Andererseits ist aber der Hersteller der Produktionsmittel am Verkauf seiner Erzeugnisse interessiert. Diese Marktlücke zwischen Produzent und Abnehmer haben sich finanzkräftige Leasinggesellschaften zunutze gemacht. Sie aner-

---

61 Vgl. Giger, 149; Schubiger, 1 ff.; Herber, 21; Lüssi, 7.

62 Giger, 138 ff.; Lüssi, 16 ff.; Herber, 1 ff.

bieten sich, ein vom Kunden (Unternehmer) gewünschtes Objekt beim Hersteller zu kaufen und es ihm dann langfristig zu vermieten. Auf diese Weise kann der Unternehmer neue Produktionsmittel in seinen Betrieb aufnehmen, ohne sich um deren Finanzierung kümmern zu müssen. Zudem besteht für ihn die Möglichkeit, die fällig werdenden Leasinggebühren aus den zu erwartenden Einnahmen zu decken (pay-as-you-earn Prinzip). Für die Leasinggesellschaft andrerseits bedeutet der Kauf beim Hersteller eine Investition, die sie sich vom Leasingnehmer (Unternehmer) zurückzahlen und verzinsen lässt. Sie ist lediglich an der gewinnbringenden Nutzung von Geld interessiert und deshalb meist eine Bank oder ein spezialisiertes Finanzinstitut.

Folgende Merkmale charakterisieren einen echten Leasingvertrag im engern Sinn[63]:

1. Obwohl am Leasingvertrag selbst nur zwei Parteien beteiligt sind (Leasinggesellschaft und Leasingnehmer), spielt sich das Geschehen zwischen drei Parteien ab. Notwendigerweise ist wirtschaftlich, wenn auch nicht rechtlich, ein Verkäufer (Hersteller des Leasingobjektes oder Leasinggeber) beteiligt, von dem die Leasinggesellschaft nach Spezifikationen des Leasingnehmers kauft.

2. Weil die Leasinggesellschaft – wie erwähnt – am Umsatz von Geld interessiert ist und nicht an der Ware selbst, muss sie Gewissheit haben, ihre Investition wieder zurückzuerhalten. Sie wird den Leasingnehmer daher regelmässig bis zur Höhe des investierten Kapitals samt Zins verpflichten und seine Zahlungsfähigkeit gründlich prüfen. Hieraus ergibt sich, dass Leasingverträge von relativ langer Dauer sind und dass der Preis des Leasingobjektes während der Grundvertragszeit voll amortisiert werden muss[64].

3. Um einen echten Leasingvertrag im engern Sinn handelt es sich nur, wenn die Parteien die Nutzung des Leasingobjektes zum Vertragsgegenstand erheben und nicht ein Warenumsatzgeschäft anstreben. Ein Lea-

---

63 Giger, 150; Lüssi, 7 ff.; Schubiger, 9 ff.

64 Giger, 145, FN 257.

singvertrag sieht deshalb typischerweise keinen Eigentumsübergang auf das Ende der Leasingperiode vor. Oft hat der Leasingnehmer jedoch die Möglichkeit, nach Ablauf der Grundvertragszeit eine Anschlussmiete zu stark reduzierten Ansätzen abzuschliessen und so von einem allfälligen Restnutzen Gebrauch zu machen[65]. Ist ein Eigentumsübergang auf das Ende der Leasingperiode doch vorgesehen – mit oder ohne zusätzliche Entschädigung – so kann die Abmachung als echter Leasingvertrag nur angesehen werden, sofern die Uebereignung nicht Hauptzweck der Vereinbarung ist. Wäre letzteres der Fall, so müsste der Vertrag als gewöhnlicher Mietkaufvertrag qualifiziert und folglich dem Abzahlungsgesetz unterstellt werden.

2.2. Rechtsnatur und Unterstellung unter das Abzahlungsgesetz

Wie im vorhergehenden Abschnitt erörtert worden ist, beabsichtigen die Vertragsparteien beim echten Leasingvertrag im engern Sinn kein Uebereignungsgeschäft, sondern eine entgeltliche Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung. Der Leasingnehmer ist am Eigentum der Sache primär nicht interessiert, sondern lediglich an deren langfristigen Nutzung. Indessen lässt sich nicht bestreiten, dass die Festsetzung des Entgelts auf kaufmässige Art geschieht, da der Leasingnehmer im Verlaufe der Vertragsabwicklung mehr als den Kaufpreis entrichtet. Ein Leasingvertrag weist deshalb miet- und abzahlungsvertragsähnliche Züge auf und beinhaltet überdies auch auftragsrechtliche Elemente im Zusammenhang mit der Beschaffung des Leasingobjektes durch die Leasinggesellschaft beim Produzenten[66]. Dementsprechend ist der Vertrag öfters als gemischter Vertrag[67], als contractus sui generis[68], als Mietvertrag mit atypischen Merkmalen[69] oder als Abzahlungsvertrag in wirtschaftlicher Hinsicht[70] bezeichnet worden, und für jede Subsumption lassen sich gute Gründe anführen.

---

65 Schubiger, 54.
66 Vgl. Schubiger, 124 ff.
67 Schubiger, 130; Stofer, 155.
68 Herber, 103 f.
69 Vgl. Herber, 40.
70 Vgl. wirtschaftliche Betrachtungsweise von Schubiger, 127.

Angesichts des breiten Wortlauts von Art. 226m Abs. 1 OR erscheint für die vorliegende Arbeit eine Subsumptionswahl nicht sehr wesentlich; für die Anwendbarkeit der abzahlungsrechtlichen Schutz- und Formvorschriften ist vielmehr entscheidend, ob der individuelle Leasingvertrag seinem Wesen nach die Charakteristik eines Abzahlungsgeschäftes aufweist oder diejenige eines leistungsäquivalenten Dauerschuldverhältnisses[71]. Die Prüfung muss sich deshalb darauf konzentrieren, ob von der Leasinggesellschaft eine einmalige kreditierte Leistung unter Einräumung von Teilzahlungen erbracht werden soll oder nicht. Unwesentlich ist dabei, ob die Leistung in Form von Waren, Diensten oder beidem erbracht wird.

Folgende Anhaltspunkte sind bei der Prüfung in Betracht zu ziehen:

1. Indiz für den Abzahlungscharakter eines Leasingvertrages ist immer eine allfällig vereinbarte Uebereignung des Vertragsgegenstandes auf Ende der Vertragsdauer hin. Es drängt sich dann der Verdacht auf, die Parteien könnten eher an einem Umsatzgeschäft (einmalige Leistung) mit Teilzahlungen interessiert gewesen sein als an der Ueberlassung zeitlich begrenzter Nutzung gegen entsprechendes Entgelt (Leistungsäquivalenz). Immerhin darf ein solcher Schluss bei indirektem Leasing nicht ohne weiteres gezogen werden, da unter Umständen vernünftige Gründe für die Uebereignung sprechen können[72]; die Prüfung soll jedoch kritisch erfolgen.

2. Ist eine Uebereignung des Vertragsgegenstandes auf das Ende der Leasingperiode hin zwar nicht im voraus abgemacht, nach der Vertragsgestaltung aber immerhin möglich[73], so muss im Einzelfall untersucht werden, worin die ursprünglichen Absichten der Parteien bestanden haben. Im Gegensatz zum weiter hinten zu besprechenden direkten Leasing[74] darf bei indirektem Leasing nicht ohne weiteres eine ursprüng-

71 Vgl. vorn, S. 95 f.

72 Der Leasinggegenstand kann z. B. mit Sicherheit am Ende der Leasingperiode dermassen entwertet sein, dass sich ein Rücktransport nicht mehr lohnt und nur unverhältnismässige Kosten verursachen würde.

73 Es wird dem Leasingnehmer z. B. freigestellt, den Leasinggegenstand am Ende der Vertragsabwicklung zu erwerben, falls er dies wünscht.

74 Vgl. S. 106 ff.

liche Verkaufsabsicht seitens der Vermieterin angenommen werden. Die Leasinggesellschaft zieht ihren Gewinn bekanntlich nicht aus Waren- sondern aus Kapitalumsatz und ist z. B. ähnlich wie eine Darlehensgeberin an einer frühen Rückzahlung des eingesetzten Kapitals nicht interessiert[75]. Nach Ablauf der Leasingperiode dürfte sie gegen eine Veräusserung des Leasingobjektes allerdings nichts mehr einzuwenden haben; sofern ihr Verkaufsentschluss jedoch nachträglich erfolgt, sind die Merkmale eines Abzahlungsvertrages nicht erfüllt[76].

3. Gegen den Abzahlungscharakter spricht die Einräumung eines Rechts des Leasingnehmers zur Weitermiete nach Ablauf der Grundvertragszeit zu stark reduzierten Ansätzen[77]. Dies schliesst indessen nicht aus, dass mündliche – von der schriftlichen Vereinbarung abweichende – Zusicherungen gemacht worden sein können, die dem Vertrag doch wieder den Charakter eines Abzahlungsgeschäftes verleihen.

4. Schliesslich sei noch eine letzte Bemerkung angebracht: Es ist früher dargestellt worden, dass ein reiner Mietvertrag (bei dem eine Uebereignung ausgeschlossen ist) unter Umständen aus Gründen des Sozialschutzes dem Abzahlungsgesetz unterstellt werden muss. Ein gleiches Vorgehen drängt sich auch bei – von der Leasinggesellschaft her betrachtet – echten Leasingverträgen auf. Hat der Kunde materiell ein Interesse am Abschluss eines Abzahlungsvertrages, schliesst er jedoch aus finanziellen Gründen (zuwenig Barmittel für die Anzahlung) einen Leasingvertrag ab, der ihn ebensosehr belastet, so erfordert der Schutzgedanke des Gesetzes die Anwendbarkeit abzahlungsrechtlicher Vorschriften. Die wirtschaftliche Stellung des Leasingnehmers ist auch hier von zentraler Bedeutung.

---

75 Schubiger, 119 f.

76 Indiz für einen nachträglichen Verkaufsentschluss ist das Offenlassen des allfälligen Verkaufspreises bis zum Ablauf der Leasingperiode.

77 Schubiger, 120.

3. Leasingverträge im weiteren Sinn (direktes Leasing)

3.1. Begriff

Unter Leasingverträgen im weiteren Sinn werden Vereinbarungen verstanden, die mit dem Leasingnehmer in ähnlicher Ausgestaltung wie der oben beschriebenen abgeschlossen werden. Vermieter ist jedoch nicht ein spezialisiertes Leasingunternehmen, sondern der Hersteller oder Händler des Leasingobjekts selbst[78]. Lässt sich der Leasinggeber durch eine Bank oder durch einen andern Dritten finanzieren, insbesondere durch Verkauf seiner Forderungen, so spricht man von Mietfinanzierung[79].

3.2. Rechtsnatur und Unterstellung unter das Abzahlungsgesetz

Leasingverträge im weiteren Sinn schliessen rechtlich und wirtschaftlich nur zwei Vertragsparteien ein. Sie sind Mietverträge im Sinne des Obligationenrechtes, soweit eine Eigentumsübertragung nicht beabsichtigt oder ausgeschlossen ist; Mietkaufverträge stellen sie dar, wenn eine Uebereignungsabsicht von Anfang an besteht. Insbesondere können direkte Leasingverträge unter den bei Miet- und Mietkaufverträgen behandelten Grundsätzen dem Abzahlungsgesetz unterstellt werden[80].

Bei der Prüfung der Frage, ob von den Parteien ein Uebereignungsgeschäft oder ein echtes Mietgeschäft geplant gewesen sei, muss die ständige Verkaufsbereitschaft des Herstellers oder Händlers (Leasinggeber) vermutet werden. Der Natur seines Geschäftsbetriebes nach ist er hauptsächlich an Warenumsatz interessiert und nicht (wie die spezialisierte Leasinggesellschaft) an der gewinnbringenden Anlage von Geld[81]. Aus diesem Grunde genügt der Nachweis, dass der Leasingnehmer mit Erwerbsabsicht gehandelt hat, um dem Geschäft Abzahlungscharakter zu verleihen. Es ist dann

---

78 Diese Leasingform wird deshalb oft auch Hersteller- oder Händlervermietung genannt.

79 Giger, 149.

80 Vgl. vorn, S. 96 ff.

81 Schubiger, 171.

anzunehmen, die Parteien hätten in erster Linie den Verkauf angestrebt, mit andern Worten eine einmalige kreditierte Leistung gegen Teilzahlungen. Die Bezeichnung der Vereinbarung als Leasingvertrag kann die Anwendung abzahlungsrechtlicher Schutznormen nicht vereiteln[82].

4. Besondere Bemerkungen zu einzelnen Leasingarten

Nebst der Einteilung in direkte und indirekte Leasingverträge können Leasingvereinbarungen noch nach verschiedenen andern Kriterien geordnet werden[83]. Für die vorliegende Arbeit dürfte die Einteilung nach der Art der Leasingobjekte am sinnvollsten sein. Dabei interessieren uns – das sei nochmals in Erinnerung gerufen – vor allem die Probleme im Zusammenhang mit Art. 226m Abs. 1 OR sowie die Konsequenzen, die sich aus einer allfälligen Unterstellung des Leasingvertrages unter das Abzahlungsgesetz für den Rechtsöffnungsprozess ergeben.

4.1. Investitionsgüter Leasingverträge

Bewegliche Investitionsgüter – und in neuerer Zeit auch mehr und mehr unbewegliche – stellen die klassischen Leasingobjekte dar. Handelt es sich um einzelne Güter, so spricht man von Equipment Lease[84], handelt es sich um ganze Produktionsanlagen oder Immobilien, so liegt Plant Lease oder Property Lease vor[85].

Für Investitionsgüter-Leasing lassen sich beachtliche Gründe anführen. Wie bereits erwähnt, ist mancher Unternehmer am Eigentum seiner Produk-

---

82 Vgl. SJZ 69 (1973) 359.

83 Vgl. die verschiedenen Einteilungen bei Schubiger, 8 ff., Herber, 3 ff. und Lüssi, 10 ff.

84 Büromaschinen, Werkzeugmaschinen, Nutzfahrzeuge, etc.

85 Ganze Fabrikanlagen, Gaswerke, Raffinerien, Wohnhäuser, Warenhäuser, Bürogebäude etc.

tionsmittel nicht interessiert oder es ist ihm gar hinderlich[86]. Leasing kann in solchen Situationen ein tatsächliches Bedürfnis befriedigen[87]. Nicht nur die Leasinggesellschaft, sondern auch der Unternehmer kann deshalb ein ganz legitimes Interesse an dieser Betriebs- und Finanzierungsform haben. Aus diesem Gesichtswinkel betrachtet, ist der Vertrag – gleich einem Mietvertrag – auf den Austausch von zeitlich begrenzter Nutzung gegen entsprechendes Entgelt gerichtet und nicht auf eine kreditierte einmalige Leistung unter Teilzahlungen. Das Aequivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist daher in jedem Stadium der Vertragsabwicklung gewahrt, weshalb in den seltensten Fällen ein Abzahlungsgeschäft vorliegen dürfte. Im übrigen kämen selbst bei Annahme eines Abzahlungsvertrages nur die Art. 226h Abs. 2, 226i Abs. 1 und 226k OR zum Zuge, da in jedem Fall Art. 226m Abs. 4 OR anwendbar wäre.

4.2. Konsumgüter Leasingverträge

Mehr und mehr werden im Handel auch Konsumgüter "in Leasing" angeboten[88]. In vielen Fällen vermietet der Produzent oder Händler selber und eine genauere Prüfung des Vertrages ergibt bald, dass sich hinter dem neuen Namen ein gewöhnlicher Miet- oder Mietkaufvertrag versteckt, mit den entsprechenden Konsequenzen in abzahlungsrechtlicher Hinsicht[89]. Zu untersuchen bleibt noch, ob die Anwendung abzahlungsrechtlicher Schutzvorschriften dann entfalle, wenn zwischen Hersteller und Leasingnehmer eine Leasinggesellschaft tritt, d.h. wenn ein indirektes Leasingverhältnis konstruiert wird.

---

86 Einer dynamischen Betriebsführung kann Eigentum im Wege stehen, weil die Gefahr besteht, dass technisch rasch überholte Produktionsanlagen aus gefühlsmässiger Bindung heraus oder zufolge ihres noch einwandfreien Funktionierens zu spät ersetzt werden. Dies kann die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigen.

87 Vgl. dazu Giger, 141 f.

88 Fernsehapparate, Haushaltgeräte, Stereoanlagen etc.

89 Vgl. vorn, S. 96 und 78 ff.

Eine direkte Anwendung des Abzahlungsgesetzes kann nicht ohne weiteres bejaht werden, da die Leasinggesellschaft – wie bereits ausgeführt – an der Veräusserung des Leasingobjektes nicht interessiert ist, sondern Geld anlegen will. Indessen erfordert der Schutzgedanke des Abzahlungsgesetzes – genau wie bei Mietverträgen mit Veräusserungsausschluss[90] – die Anwendbarkeit abzahlungsrechtlicher Normen, falls der wirtschaftlich schlecht gestellte Leasingnehmer subjektiv einen Abzahlungsvertrag hat eingehen wollen, aus finanziellen Gründen jedoch die Leasingform gewählt hat. Andernfalls wäre Umgehungsgeschäften kein Einhalt mehr zu bieten.

Bei der Prüfung der subjektiven Situation des Leasingnehmers ist folgendes relevant: Ueberzeugende Gründe für Konsumgüter-Leasing sind dürftig; anders als beim Investitionsgüter-Leasing wird der Konsument die Leasingobjekte nicht zur Erzeugung von Gewinnen verwenden können, sondern lediglich zu seiner Bequemlichkeit, Unterhaltung oder Erfreuung. Die Raten müssen aus eigenen Mitteln bestritten werden, da das pay-as-you-earn Prinzip nicht zum Zuge kommen kann. Im Gegensatz zum Geschäftsmann ist der Konsument nicht ausschliesslich am Nutzwert des gemieteten Gegenstandes interessiert, sondern viel eher an der totalen Verfügungsmacht darüber, mit andern Worten am Eigentum. Schliesst eine Privatperson einen Leasingvertrag über ein Konsumgut ab, so darf daher mit Fug angenommen werden, sie sei subjektiv an der Eingehung eines Abzahlungsvertrages interessiert, weshalb das Abzahlungsgesetz zum Zuge kommen muss. Eine andere Betrachtungsweise kann sich allenfalls dann aufdrängen, wenn ein Konsumgut in Verbindung mit Dienstleistungen "in Leasing" gegeben wird, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

4.3. Kombinierte Sach- und Dienstleistungs-Leasingverträge

Dienstleistungs-Leasing tritt meist im Zusammenhang mit der Vermietung technisch komplizierter Investitions- oder Konsumgüter auf. Die Leasinggeberin verpflichtet sich, über die Vermietung des Objekts hinaus, auch

---

90 Vgl. vorn, S. 100.

dessen technische Wartung und allfällige Reparaturen vorzunehmen. Der Natur der Sache nach handelt es sich bei dieser Leasingform hauptsächlich um direktes Leasing, da es einer lediglich auf Geldumsatz spezialisierten Leasinggesellschaft zumeist am erforderlichen Sachverstand für die Dienstleistungen fehlen dürfte[91].

Elektronische Geräte, Nutzfahrzeuge, Stereoanlagen, Fernsehapparate etc. bilden oft Gegenstand kombinierter Sach- und Dienstleistungs-Leasingverträge; es stellt sich dann die Frage, ob derartige Vereinbarungen dem Abzahlungsgesetz zu unterstellen seien oder nicht.

In erster Linie massgebend sind wiederum die Absichten der Parteien. Zielt ihre Abmachung auf eine einmalige kreditierte Leistung hin, d.h. im Hauptfall auf die Uebertragung des Eigentums, so muss der Vertrag mit Bezug auf das Leasingobjekt selbst als Abzahlungsvertrag betrachtet werden. Die allfällige Nichtigkeit dieses Vertragsteils hätte die Nichtigkeit der Dienstleistungsabrede zur Folge, da wohl kaum anzunehmen ist, diese wäre ohne die Sachleistung geschlossen worden[92].

Bei der Prüfung des subjektiven Parteiwillens ist die Verkaufsbereitschaft des Herstellers oder Händlers zu vermuten (direktes Leasing), sodass es vor allem auf die subjektiven Interessen des Leasingnehmers ankommen muss. Dabei gelten die bei nicht kombinierten Investitions- und Konsumgüter Leasingverträgen angestellten Ueberlegungen im Prinzip auch hier[93]. Immerhin muss bei Konsumgüter-Leasing geprüft werden, ob die Kombination Sachmiete/Dienstleistung für den Konsumenten allenfalls derart attraktiv gewesen ist, dass er die Leasingform jeder andern Gebrauchsform – namentlich dem Eigentum – vorgezogen hat. Wird diese Frage bejaht, so ist anzunehmen er habe subjektiv nicht einen Abzahlungsvertrag eingehen wollen, sondern einen echten Leasingvertrag. Demgemäss kommt das Abzahlungsgesetz nicht zur Anwendung. Mit den Voraussetzungen ist es jedoch

---

91 Lüssi, 12.

92 Art. 20 Abs. 2 OR.

93 Namentlich mit Bezug auf die Interessen des Leasingnehmers am Eigentum.

streng zu nehmen, und insbesondere können nicht völlig untergeordnete Dienstleistungen eine derartige Vermutung begründen.

4.4. Fahrzeug Leasingverträge

Fahrzeuge werden in jeder der früher besprochenen Leasingformen vermietet. Je nach Fahrzeugart (Nutzfahrzeuge oder Personenwagen) kann es sich um Investitions- oder Konsumgüter-Leasing handeln[94], und je nach Zahl der wirtschaftlich Beteiligten ist es direktes oder indirektes Leasing. Oft werden Fahrzeuge samt Unterhalt vermietet und auf diese Weise Sach- und Dienstleistungen kombiniert (Full Maintenance Leasing).

Der einzelne Leasingvertrag wird anhand der oben dargelegten Kriterien eingehend geprüft werden müssen und kann, je nach Ergebnis, dem Abzahlungsgesetz unterstellt sein oder nicht.

c) Sukzessivlieferungsverträge

Der Sukzessivlieferungsvertrag ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt worden. Lehre und Rechtsprechung verstehen darunter ein einheitliches Vertragsgebilde über die Lieferung einer bestimmten Menge Ware gegen Entgelt, mit der Besonderheit, dass beide Parteien in Raten zu erfüllen haben[95]. Teillieferungen und Teilzahlungen beruhen auf individuellen Forderungen, deren Fälligkeit entweder im voraus festgelegt oder von einer der Parteien nach Massgabe ihrer Bedürfnisse bestimmt werden kann (Kauf auf Abruf oder nach Bedarf). Dabei sind die zeitlich zusammenfallenden Raten derart voneinander abhängig, dass die eine als unmittelbare Gegenleistung der andern erscheint. Weist eine Teilleistung Mängel auf oder wird sie unmöglich, so hat dies eine Minderung oder den Wegfall der entsprechenden Gegenleistung zur Folge, nicht aber die Aufhebung des gesam-

---

94 Schubiger, 16.

95 Vgl. Guhl/Merz/Kummer, 304 f.

ten Vertrages[96]. Die Gleichwertigkeit der beidseitigen Teillieferungen untereinander ist ein charakteristisches Merkmal des Sukzessivlieferungsvertrages.

Aus obigen Ausführungen wird deutlich, dass ein Sukzessivlieferungsvertrag, bei dem die Teilleistungen Zug um Zug erfolgen, die Charakteristik eines Abzahlungsgeschäftes nicht aufweist. Er ist das kaufmässige Gegenstück zum Mietvertrag, da nicht nur die Gesamtleistungen der Parteien in einem Aequivalenzverhältnis stehen, sondern auch die einzelnen Teilleistungen (dauerndes Leistungsgleichgewicht)[97]. Beim Sukzessivlieferungsvertrag handelt es sich deshalb um eine besondere Art Bar- oder, falls kurze Zahlungsfristen eingeräumt sind, Kreditkauf. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Abzahlungsvertrag finden jedenfalls nach übereinstimmender Ansicht in Lehre und Rechtsprechung auf Sukzessivlieferungsverträge keine Anwendung[98].

Diese Tatsache hat bald zu Umgehungsgeschäften gereizt. Reine Abzahlungsgeschäfte sind in das formelle Kleid eines Sukzessivlieferungsvertrages gezwängt worden, und leider ist die Taktik in der Vergangenheit nicht selten von Erfolg gekrönt gewesen. Wie die Gerichte heute auf derartig konstruierte "Sukzessivlieferungsverträge" zu reagiren pflegen, wird in den nächsten Abschnitten im Zusammenhang mit Fernkurs- und Unterrichtsverträgen eingehender zu behandeln sein.

d) Fernkursverträge

1. Ausgangslage

Wie in andern Ländern hat auch in der Schweiz die Nachfrage nach einer Zusatz- oder Spezialausbildung im Verlaufe der letzten Jahre stark zuge-

---

96 Vgl. BGE 45 II 61. Immerhin wird ein Rücktrittsrecht auch mit Bezug auf künftige Teilleistungen bejaht, wenn eine Gefährdung oder Vereitelung des gesamten Vertragsverhältnisses vorausgesehen werden kann (Erwägung 6).

97 Vgl. Giger, 133 und vorn, S. 95 f.

98 Giger, 84; Stofer, 50; Zweifel, 137.

nommen. Dies hat zu einer sprunghaften Zunahme von Fernlehrinstituten und Privatschulen geführt, die ihren Interessenten mühelose und rasche Lernerfolge verheissen und goldene Aufstiegschancen in ihrem Beruf. Dabei hat sich leider eine beunruhigend grosse Zahl derartiger Institute auf fragwürdige und aggressive Werbemethoden verlegt, um ihre oft minderwertigen Kurse an das Publikum zu vertreiben[99]. Es ist eine leidige Tatsache, dass es sogenannten "Studienberatern" oft gelingt, Leute zum Abschluss eines teuren Vertrages zu überreden, denen die intellektuellen Fähigkeiten und die finanziellen Mittel zur erfolgreichen Absolvierung des Kurses zum vornherein offensichtlich fehlen[100]. Die solchermassen überrumpelten und enttäuschten Kursteilnehmer resignieren dann bald in ihren Bemühungen und stellen auch ihre Zahlungen ein. Indes sind es gerade die fragwürdigsten Institute, die am unnachgiebigsten am Vertrag festhalten, und es kann eigentlich kaum erstaunen, dass schon behauptet worden ist, einige von ihnen würden mehr Leute in der Inkassoabteilung beschäftigen als im Schulbetrieb[101]. Hieraus wird auch verständlich, dass die Gerichte mit Rechtsöffnungsgesuchen von Fernlehrinstituten zeitweise geradezu überschwemmt worden sind[102].

2. Begriff und Rechtsnatur

Unter einem Fernkursvertrag wird eine Vereinbarung verstanden, in der sich der Kursgeber verpflichtet, dem Kursnehmer bestimmte Lehrmaterialien (Bücher, Schallplatten, Tonbänder etc.) dauernd oder vorübergehend zur Verfügung zu stellen und den Lernprozess durch Beratung und durch das Ausführen von Korrekturarbeiten zu fördern. Demgegenüber verpflich-

---

99 In einem Test der Stiftung für Konsumentenschutz aus dem Jahre 1970 mussten beinahe die Hälfte der in der Schweiz tätigen Fernlehrinstitute beanstandet werden (vgl. Giger, 88).

100 Zahlreiche Gerichtsurteile aus der ganzen Schweiz und viele Zeitungsberichte belegen die fragwürdigen Aquisitionsmethoden gewisser Fernkursunternehmen (vgl. Giger, 87 ff.).

101 Nüscheler, NZZ Nr. 666 vom 9. Nov. 1969, 36.

102 Ein gerichtliches Zirkularschreiben aus dem Jahre 1964 soll Kursverträge als "echte Landplage" bezeichnet haben (Giger, 91).

tet sich der Kursnehmer zur Bezahlung des Kursgeldes, wobei gewöhnlich Ratenzahlungen vereinbart sind[103].

In Doktrin und Praxis besteht Einigkeit darüber, dass der Fernkurs- oder Kursvertrag ein gemischtes Vertragsverhältnis darstellt, welches sich aus Elementen des Kaufs, der Miete und des Auftrags zusammensetzt[104]. Heftige juristische Streitgespräche – zum Teil mit leicht polemischem Charakter – sind jedoch darüber entbrannt, welchem der drei Elemente das Hauptgewicht zukomme, m. a. W. welchen gesetzlichen Normen der Fernkursvertrag zu unterstellen sei[105]. Zwei Hauptansichten stehen einander gegenüber; zwei weitere Theorien werden vom Appellationsgericht Basel-Stadt und von Giger vertreten. Sie seien zum besseren Verständnis der Problematik kurz erörtert.

2.1. Erste Hauptansicht: Fernkursvertrag als Abzahlungskaufvertrag

Viele Juristen und Gerichte sehen das Schwergewicht eines Fernkursvertrages im Verkauf des Kursmaterials und messen den auftragsrechtlichen Elementen wenig Bedeutung zu. Zur Begründung wird geltend gemacht, ein Abwägen der einzelnen Vertragselemente mache deutlich, dass die Gesamt-

---

103 Giger, 91.

104 Stofer, 53; Giger, 92; Fischer, 209; BJM 1968, 148; SJZ 66 (1970) 57; 67 (1971) 27.

105 Vergleiche die in der Neuen Zürcher Zeitung mit spitzer Feder geführte Kontroverse zwischen RA Dr. A. Felder und Prof. Dr. H. Giger. Anstoss zur Kontroverse gab der in Fussnote 101 angeführte Zeitungsartikel, der von Giger kritisiert wurde (NZZ Nr. 717 vom 9. Dez. 1969, 28: "Verwirrung um die rechtliche Erfassung von Fernkursverträgen"). Hierauf hat sich Felder zu Wort gemeldet und Gigers Argumente in Zweifel gezogen (NZZ Nr. 35 vom 22. Jan. 1970, 26: "Ein Bärendienst für die Fernkursschüler"). Giger hat repliziert (NZZ Nr. 86 vom 21. Feb. 1970, 13: "Noch einmal: Die rechtliche Wertung von Fernkurs- und Unterrichtsverträgen"), und auch Felder erhielt ein letztes Mal Gelegenheit, seine Argumente vorzutragen (NZZ Nr. 120 vom 13. März 1970, 24: "Eine Duplik zum Thema Fernkursvertrag"). Etliche Monate später hat schliesslich Prof. Dr. M. Keller die Gelegenheit ergriffen, sich zu den aufgeworfenen Fragen zu äussern (NZZ Nr. 358 vom 5. Aug. 1970, 13: "Fernkurs- und Unterrichtsverträge unterstehen dem Abzahlungsgesetz").

vereinbarung mehr auf den Verkauf des Kurses abziele als auf das Erbringen von Korrekturarbeiten und Beratung[106]. Das zum Lehrwerk gehörende Material werde eigentumsmässig auf den Kursnehmer übertragen und oft würden auch spezifisch kaufrechtliche Zahlungsvereinbarungen getroffen (z.B. Gesamtverfall ohne Rücksicht auf versprochene Korrekturarbeiten bei Zahlungsverzug). Im übrigen fehle ein typisch auftragsrechtliches Element, nämlich die Anordnungs- und Einwirkungsbefugnis des "Auftraggebers" auf Korrektur- und Prüfungsarbeiten des "Beauftragten", und auch aus dem oft vereinbarten Kündigungsverbot ergebe sich, dass die Parteien Auftragsrecht ausschliessen wollten.

Unter dieser Theorie bleibt oft streitig, ob der Fernkursvertrag als gewöhnlicher Kaufvertrag mit Teilzahlungen, d.h. als Abzahlungskaufvertrag, zu betrachten ist oder als Sukzessivlieferungsvertrag. Fernlehrinstitute pflegen nämlich ihr Kursmaterial zeitlich gestaffelt zu versenden, "Zug um Zug gegen Bezahlung". Macht der Betriebene im Rechtsöffnungsprozess Nichtigkeit des Vertrages infolge Formmangels geltend, so beruft sich das Kursinstitut auf das Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrages und macht für die gestaffelte Zustellung des Lehrmaterials didaktische Gründe geltend.

Wurden anfänglich mit dieser Methode durchaus gewisse Erfolge erzielt, und wurde Rechtsöffnung auf Grund derartiger "Sukzessivlieferungsverträge auch relativ oft erteilt[107], so lassen sich heute die Gerichte nicht mehr so leicht irreleiten. Es ist in der Zwischenzeit erkannt worden, dass beim

---

106 Vergleiche dazu die Erwägungen des Bezirksgerichtes Zürich in einem Urteil vom 16. Jan. 1964 (zitiert bei Giger, 93, FN 120): "Ist nun bei persönlich oder mündlich zu erteilendem Unterricht ein Auftragsverhältnis zweifellos gegeben, so ist bei der Beurteilung des vorliegenden Falles doch zu bedenken, dass es sich um einen Fernkurs handelt, bei dem der gesamte Unterricht in zum Versand bereitem Lehrmaterial enthalten ist und bei dem die persönliche Leistung, bestehend aus Korrekturarbeiten, wie den Angaben der Klägerin zu entnehmen ist, wertmässig nicht mehr als etwa einen Sechstel des Kurspreises ausmacht."; vgl. auch Fischer, 209, sowie die daselbst in FN 4 und 5 aufgeführten Autoren und Gerichtsurteile.

107 So hat z.B. auch Stofer in der ersten Auflage seines Kommentars noch die Auffassung vertreten, es liege ein Sukzessivlieferungsvertrag vor, wenn die Ratenzahlungen mit der Lieferung von Kursheften zusammenfallen (S. 57); vgl. auch Zweifel, 137.

echten Sukzessivlieferungsvertrag jede Teilleistung des Verkäufers einen in sich geschlossenen Wert darstellen muss, für den der Käufer mit seiner Teilzahlung unmittelbaren Gegenwert leistet. Nur unter diesen Voraussetzungen liegt ein echtes Zug um Zug Geschäft vor und nicht, wenn eine ihrem Charakter nach zusammenhängende und ein einheitliches Ganzes bildende Leistung künstlich aufgeteilt und zeitmässig mit Teilzahlungen in Uebereinstimmung gebracht wird. Beim Fernkursvertrag ist gerade letzteres der Fall. Die einzelnen Lektionen gehören zusammen, bauen aufeinander auf und sind für den Käufer nur in ihrer Gesamtheit sinnvoll. Mit einer oder ein paar Lektionen weiss der Fernkursnehmer nichts anzufangen, es sei denn, er erhalte auch die restlichen Lehrmittel. Aus diesem Grunde können seine Zahlungen, auch wenn zeitlich mit Teillieferungen in Uebereinstimmung gebracht, nicht als unmittelbarer Gegenwert für die gelieferten Hefte betrachtet werden, sondern nur als Teilzahlungen für den ganzen Kurs. Ein dauerndes Aequivalenzverhältnis zwischen den beidseitigen Leistungen wie beim echten Sukzessivlieferungsvertrag liegt deshalb nicht vor[108].

Eine andere Ueberlegung führt zum selben Ergebnis: Der Zweck eines echten Sukzessivlieferungsvertrages liegt in einem Entgegenkommen des Verkäufers gegenüber dem Käufer. Es wird ihm die auf lange Sicht nötige Quantität reserviert und sukzessive – zumeist auf Abruf – zur Verfügung gestellt. Ganz anders die Interessenlage beim Fernkursvertrag. Hier erfolgt die gestaffelte Lieferung allein im Interesse des Fernlehrinstituts, hat reine Sicherungsfunktion und dient nicht den materiellen Bedürfnissen des Kursnehmers. Dem Kursnehmer wäre eine Zustellung in einem Mal ebenso angenehm, wahrscheinlich sogar noch lieber.

Diese Ueberlegungen zeigen, dass die unmittelbare Beziehung zwischen den jeweiligen Teilleistungen, welche den Sukzessivlieferungsvertrag auszeichnet, bei Fernkursverträgen fehlt. Die künstliche Staffelung des Materials entpuppt sich damit als Umgehungsgeschäft, das den Abzahlungskaufvertrag nicht in einen echten Sukzessivlieferungsvertrag umzuwandeln vermag. Die-

---

108 Vgl. SJZ 62 (1966) 44; 67 (1971) 26 ff.; sowie die bei Fischer, 210 FN 12 genannten Gerichtsurteile.

se Tatsache wird denn auch heute in Literatur und Rechtsprechung kaum mehr bestritten[109].

Die Diskussion über die Anwendbarkeit abzahlungsrechtlicher Schutznormen auf Fernkursverträge ist damit allerdings noch nicht endgültig verstummt. Die Fernlehrbranche pflegt sich nämlich noch eine weitere Ausnahmebestimmung des Abzahlungsgesetzes zunutze zu machen und die Bezahlung des Lehrmaterials in lediglich drei Raten aufzuteilen. Durch dieses Vorgehen hat man gehofft – und anfänglich durchaus mit gewissem Erfolg – die Anwendung von Art. 226m Abs. 4 OR erzwingen zu können. Die Probleme in diesem Zusammenhang sind bereits früher erörtert worden[110], weshalb an dieser Stelle der Hinweis genügen soll, dass auch Dreiratenverträge dem Abzahlungsgesetz unterstehen können, wenn sie – wie dies bei Fernkursverträgen regelmässig der Fall ist – die gleichen wirtschaftlichen Ziele verfolgen wie Abzahlungsverträge.

2.2. Zweite Hauptansicht: Fernkursvertrag als Auftrag

Eine wachsende Zahl von Anhängern gewinnt eine Theorie, nach welcher das Schwergewicht eines Fernkursvertrages in den angebotenen Dienstleistungen zu sehen ist und nicht im Verkauf des Lehrmaterials[111]. Und da nach Art. 394 Abs. 2 OR sämtliche Verträge über Arbeitsleistungen, die keiner besonderen Vertragsart des OR zuzuordnen sind, als Aufträge bezeichnet werden, qualifizieren die Anhänger dieser Theorie den Fernkursvertrag als Auftrag. Die Theorie wird damit gestützt, dass der effektive Wert des Lehrmaterials in der Regel dermassen gering sei, dass die in Aussicht gestellten Dienstleistungen als Hauptgegenstand des Vertrages betrachtet werden müssten. Wäre dies nicht der Fall, so läge ein Kauf mit

---

109 So jetzt Stofer, 51; Giger, 94; Fischer, 210; teilweise a. M. Burkhart, 48 ff., der den Fernkursvertrag unter gewissen Voraussetzungen als Sukzessivlieferungsvertrag betrachtet wissen will.

110 Vgl. vorn, S. 83 ff.

111 Vgl. Fischer, 213-216, sowie die daselbst genannten Autoren und Gerichtsurteile; vgl. auch SJZ 72 (1976) 360.

krasser Uebervorteilung vor, denn die übergebenen Bücher, Schallplatten, Tonbänder etc. könnten für den zehnten Teil des Kursgeldes in jeder Buch- oder Schallplattenhandlung erstanden werden. Keine Rolle spiele es, ob die angebotenen Korrekturarbeiten, Prüfungsabnahmen und andern Dienstleistungen vom Kursnehmer später genutzt würden oder nicht; in jedem Fall sei die Lieferung der Sachen eine untergeordnete Nebenleistung[112].

Der offensichtliche Vorteil der Auftragstheorie liegt für den Kursteilnehmer im jederzeitigen Widerrufsrecht nach Art. 404 OR[113]. Der Betriebene braucht im Rechtsöffnungsprozess lediglich seine Rücktrittserklärung darzutun, worauf der Kursvertrag seine Eigenschaft als Rechtsöffnungstitel verliert. Indessen ist zu beachten, dass sich die Wirkungen eines Auftragswiderrufs auf die Zeit danach beschränken, sodass für die bei Widerruf bereits fälligen Raten Rechtsöffnung erteilt werden muss. Die Klage kann nicht – wie bei Annahme eines formnichtigen Abzahlungsvertrages – einfach abgewiesen werden.

2.3. Die kasuistisch-wertende Methode

Die kasuistisch-wertende Methode, die heute von den meisten Gerichten befolgt wird, erscheint nicht als selbständige Theorie, sondern gewissermassen als Kombination der beiden Hauptansichten. Ihre Anhänger betrachten die Rechtsnatur eines Fernkursvertrages als grundsätzlich unbestimmt und greifen auf die eine oder andere der genannten Haupttheorien zurück, je nachdem, welches Element beim individuellen Vertrag als das vorherrschende erscheint. Ueberwiegen die kaufrechtlichen Abreden, so wird der Vertrag dem Abzahlungsgesetz unterstellt, überweigen dagegen die auftragsrechtlichen, so kommt Mandatsrecht zum Zug[114].

---

112 Nüscheler, in NZZ Nr. 666 vom 9. Nov. 1969, 36.

113 Eine Gesetzesbestimmung, die durch Parteiabrede nicht ausser Kraft gesetzt werden kann (Gautschi, Art. 404 N. 10).

114 Die kasuistisch-wertende Methode, welche z.B. von den zürcherischen Gerichten angewandt wird, ist der Sache nach auch vom Bundesgericht als die richtige Subsumptionsmethode bezeichnet worden (vgl. ZR 71 (1972) 95).

Die Anwendung dieser Methode hat zur Folge, dass die Gültigkeit eines Fernkursvertrages als Rechtsöffnungstitel im voraus oft ungewiss ist, was zu einer entsprechenden Rechtsunsicherheit führt. Die beiden nachfolgend zu behandelnden neueren Theorien wollen diesen Mangel beheben.

2.4. Fernkursvertrag als Vertragskoppelung

Die erste dieser Theorien ist vor wenigen Jahren vom Appellationsgericht Basel-Stadt entwickelt worden[115] und hat auch in der Literatur Unterstützung gefunden[116]. Sie stellt gewissermassen die Summe der beiden Hauptansichten dar, indem sie beide zur selben Zeit anwendet. Die Vertreter dieser Theorie gehen davon aus, es seien die kaufrechtlichen, mietrechtlichen und auftragsrechtlichen Elemente beim Fernkursvertrag dermassen eng miteinander verknüpft, dass die zwingenden Bestimmungen aller beteiligten Vertragsarten eingehalten sein müssten. Die Ungültigkeit eines Vertragselements habe automatisch das Dahinfallen der Gesamtabrede zur Folge, da nicht angenommen werden könne, der Vertrag wäre auch ohne diese Teile abgeschlossen worden.

Nach dieser Theorie sind beim Fernkursvertrag sowohl Widerruf nach Art. 404 OR als auch Verzicht nach Art. 226c OR möglich und, falls zwingende Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes missachtet worden sind, auch Berufung auf Nichtigkeit[117].

2.5. Fernkursvertrag als kreditierte Leistung mit periodischer Zahlungspflicht (Abzahlungsvertragstheorie)

Die bisher besprochenen Auffassungen über die Rechtsnatur des Fernkursvertrages stimmen darin überein, dass bei der Begriffsbestimmung ledig-

---

115 Vgl. Fischer, 208 ff., insbesondere 220-223; BJM 1971, 229.

116 Vgl. Stofer, 54.

117 In einem staatsrechtlichen Beschwerdeentscheid ist die Theorie der Vertragskoppelung auch vom Bundesgericht als vertretbar bezeichnet worden (vgl. SJZ 68 (1972) 175 f.).

lich auf die Sach- bzw. Arbeitsleistung abgestellt wird. Es wird mit anderen Worten gefragt, ob die Parteien hauptsächlich an der Uebergabe beweglicher Sachen oder an der Verrichtung von Diensten interessiert gewesen sind bzw. ob sie allenfalls beides beabsichtigt haben; die Natur der Geldleistung ist dagegen nebensächlich[118]. Die Gefahr, dass der vom Gesetzgeber angestrebte Sozialschutz durch entsprechende kautelarjuristische Ausgestaltung der Verträge unterlaufen werden kann ist gross, und bei der kasuistisch-wertenden Methode ist es zudem praktisch unmöglich zu wissen, welchen Formvorschriften ein Vertrag in concreto genügen muss. Gelingt es gar einem Fernkursinstitut, durch geschickte Vertragsformulierung den mietvertraglichen Elementen das Hauptgewicht zu verleihen, so ist der Schutz des Kursnehmers (jedenfalls bei den Haupttheorien) vollends in Frage gestellt; der Kursnehmer kann sich dann weder auf eine abzahlungsrechtliche Nichtigkeit noch auf Mandatswiderruf berufen.

Gigers Abzahlungsvertragstheorie versucht hier Abhilfe zu schaffen. Wird lediglich auf die Geldleistung als vertragstypenbestimmender Faktor abgestellt, so muss ein Fernkursvertrag immer als Abzahlungsvertrag betrachtet werden, weil einer einheitlichen und kreditierten Leistung des Kursinstituts periodische und leistungsungleiche Zahlungen gegenüber stehen, was für die Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes genügt[119,120].

2.6. Würdigung

Werden die verschiedenen Subsumptionsvarianten verglichen, so stellt sich heraus, dass die Lösung Gigers zu den befriedigendsten Ergebnissen führt. Sie entbindet den Richter von gequält wirkenden Auslegungen und macht das Ergebnis abschätzbar. Auch lässt sie dem Kursnehmer Schutz zuteil werden, wo er des Schutzes bedarf (in der Phase des Vertragsabschlusses nämlich), ohne ihm ein bequemes und ungerechtfertigtes Hintertürchen of-

---

118 Es muss sich immerhin um Ratenzahlungen handeln.

119 Vgl. vorn, S. 88 ff.

120 Zum Moment der Kreditierung bei der Konstruktion unechter "Vorauszahlungen", vgl. hinten S. 125 f.

fenzulassen, um sich (unter der Auftragstheorie) in jedem späteren Zeitpunkt aus einem nunmehr unliebsam gewordenen Vertragsverhältnis zu lösen.

Von den Gegnern der Abzahlungsvertragstheorie wird geltend gemacht, eine Subsumption unter Auftragsrecht schütze den Kursnehmer besser als jene unter Abzahlungsrecht, da ein Widerruf bekanntlich jederzeit, Rücktritt dagegen nur während fünf Tagen nach Vertragsschluss erfolgen könne. Für Fernlehrinstitute sei es ein leichtes, ihre Vertragsformular dem Abzahlungsgesetz anzupassen, und dann gebe es für den nicht rechtzeitig zurückgetretenen Kursnehmer unter der Abzahlungsvertragstheorie keinen Pardon mehr[121]. Dem lässt sich – mit Giger – entgegenhalten, dass es nicht darum geht, die eine oder andere Vertragspartei "besser zu schützen", sondern allein darum, die objektiv richtige Lösung zu finden, wie sie sich aus den Materialen und dem Zweck des Gesetzes ergibt[122]. Und nach der hier unterstützten Auslegung jener Quellen muss ein Fernkursvertrag als Abzahlungsvertrag betrachtet werden, weil eine kreditierte Leistung gegen Raten ausgetauscht wird.

Im übrigen trifft es auch nicht zu, dass der Fernkursnehmer unter der Abzahlungsvertragstheorie nach Ablauf der Fünftagefrist ungeschützt ist; vielmehr stellt sich die Situation wie folgt dar[123]:

1. Sind bei der Vertragsausfertigung die gesetzlichen Bestimmungen nicht eingehalten worden, so hat der Kursnehmer eine unverjährbare Einrede der Nichtigkeit gegenüber sämtlichen Forderungen aus dem Vertrag. Er ist in dieser Situation besser gestellt als – bei Annahme von Auftragsrecht – der Auftraggeber, da die Nichtigkeit auch bezüglich Forderungen aus der Vergangenheit geltend gemacht werden kann und nicht nur hinsichtlich der nach dem Widerruf fällig gewordenen.

2. Sind bei Vertragsschluss die gesetzlichen Bestimmungen beachtet und ist der Kursnehmer demgemäss auf sein Rücktrittsrecht hingewiesen

---

121 Felder, NZZ Nr. 35 vom 22. Jan. 1970, 26.

122 Giger, NZZ Nr. 86 vom 21. Feb. 1970, 13.

123 Vgl. Giger, NZZ Nr. 86 vom 21. Feb. 1970, 13.

worden, so ist es nur richtig, wenn er sich nicht mehr ohne weiteres aus dem Vertrage lösen kann. Das Abzahlungsgesetz hat den ungleichen Verhältnissen im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen Rechnung tragen wollen, eine dauernde Privilegierung des Ratenschuldners gegenüber dem Barzahler, der vom Vertrag auch nicht zurücktreten kann, wäre indessen fehl am Platz.

3. Im übrigen stehen dem Kursnehmer die allgemeinen Rechtsbehelfe des Vertragsrechtes (Irrtum, Täuschung, Uebervorteilung etc.) zur Verfügung, wenn er die Qualität des Kursmaterials bemängeln oder andere Tatsachen geltend machen will, die sich erst nach Ablauf der Fünftagefrist offenbaren. Im Rechtsöffnungsprozess muss er solche Behauptungen zudem nur glaubhaft machen, um das Rechtsöffnungsgesuch zu Fall zu bringen[124].

Die Anerkennung von Gigers Abzahlungsvertragstheorie hätte zur Folge, dass das leidige "Katz und Maus" Spiel um die Subsumption von Kursverträgen ein Ende hätte. Der Einfallsreichtum der Fernkursbranche hat sich nämlich in dieser Beziehung als bemerkenswert gross erwiesen. In neuerer Zeit sind Verträge entwickelt worden, bei denen die Lehrmittel – um der Subsumption unter Abzahlungsrecht zu entgehen – strikte nur noch vermietet werden, während die Korrekturarbeiten – um die Bezeichnung als Auftrag auszuschliessen – vom Kursnehmer anhand mitgelieferter Schablonen selbst vorgenommen werden müssen[125]. Dass ein solcher Abbau von Leistungen

---

124 In diesem Zusammenhang verdient ein Rechtsöffnungsentscheid des Appellationsgerichtes Basel-Stadt aus dem Jahre 1971 besondere Beachtung: Ein Fernkursinstitut hatte einem Berufstaxichauffeur einen Kaufmann- und Programmiererkurs aufgeschwatzt, obwohl bereits aus dem Anmeldeformular ersichtlich war, dass dem Chauffeur die erforderliche Schulbildung fehlte. Das Appellationsgericht hat deshalb Rechtsöffnung für die Ratenzahlungen verweigert mit der Begründung, dass der Abschluss von Kursverträgen mit Personen, die offensichtlich nicht in der Lage seien, dem Kurs zu folgen oder daraus einen Nutzen zu ziehen, einen Rechtsmissbrauch darstelle (BJM 1971, 229). Wenn diese Begründung auch etwas kühn anmutet und eine Berufung auf Irrtum unter Umständen passender gewesen wäre, so zeigt der Entscheid doch die Tendenz, dem Kursnehmer auch nach Ablauf der Fünftagefrist noch Hilfe zuteil werden zu lassen, wenn er in stossender Weise irregeführt worden ist.

125 Vgl. Fischer, 216 und 222.

nach heutiger Gerichtspraxis noch "belohnt" wird[126], gehört mit zu der paradoxen Situation, welche durch eine engherzige Auslegung des Abzahlungsgesetzes geschaffen worden ist.

Erst ein Gericht hat es bis heute gewagt, einen Programmierkursvertrag nach der von Giger vorgeschlagenen und hier unterstützten Theorie ohne nähere Prüfung der Sach- bzw. Arbeitsleistung dem Abzahlungsgesetz zu unterstellen[127]. Das Obergericht des Kantons Aargau hat den Abzahlungscharakter des betreffenden Vertrages im Moment der Kreditierung mit periodischer Zahlungspflicht erblickt und ein Rechtsöffnungsgesuch infolge Nichtigkeit des Titels abgewiesen.

Es ist zu hoffen, dass dieses Beispiel Schule macht.

e) Unterrichtsverträge

Die Problematik beim Unterrichtsvertrag ist weitgehend dieselbe wie beim Fernkursvertrag. In vielen Gerichtsentscheiden wird denn auch zwischen den beiden Vertragsarten gar nicht unterschieden.

Wie beim Fernkursvertrag handelt es sich auch beim Unterrichtsvertrag um ein gemischtes Vertragsverhältnis, welches aus Elementen des Kaufs, der Miete und des Auftrags besteht. Massgebliches Unterscheidungskriterium ist jedoch das bedeutend grössere Gewicht der persönlichen Dienstleistungen des Lehrinstituts. Die Ausbildung wird nicht (nur) auf Distanz betrieben, sondern zu einem grossen Teil oder ausschliesslich in institutseigenen Schulräumen[128].

---

126 Fischer, 216, erwähnt einen Fall, in dem das Bezirksgericht Zürich einem Fernkursinstitut, welches noch kurze Zeit zuvor beim gleichen Gericht infolge Anwendung von Auftragsrecht unterlegen war, provisorische Rechtsöffnung erteilt hat; das Institut hatte in der Zwischenzeit gelernt, die zürcherische Praxis zu unterlaufen, indem es Korrekturarbeiten nicht mehr selber ausführte, sondern nur noch Korrekturschablonen mitlieferte.

127 SJZ 69 (1973) 72 f.

128 Giger, 96.

Wegen dieses typischen Schulcharakters hat vor etlichen Jahren ein Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich die Auffassung vertreten, ein Unterrichtsvertrag stelle einen contractus sui generis dar und nicht – wie im Prozess behauptet worden war – einen Werkvertrag oder Auftrag[129]. Das Obergericht des Kantons Zürich hat diese Auffassung anfänglich sogar unterstützt[130]. Die Ansicht ist in der Folge jedoch auf berechtigte Kritik gestossen[131] und hat sich schliesslich auch nicht durchgesetzt. Die sui generis Konstruktion muss nämlich am Wortlaut des Art. 394 Abs. 2 OR scheitern, der für Verträge über Arbeitsleistungen einen numerus clausus[132] eingeführt hat und alle im Obligationenrecht nicht speziell geregelten Arbeitsleistungsverträge als Mandate bezeichnet. Die meisten Gerichte qualifizieren deshalb den Unterrichtsvertrag – getreu ihrer sach- und arbeitsleistungsbezogenen Betrachtungsweise[133] – als Auftrag. Höchst selten sind Unterrichtsverträge dem Abzahlungsgesetz unterstellt worden und auch dann nur, wenn – atypischerweise – die kaufrechtlichen Elemente gegenüber den auftragsrechtlichen deutlich überwogen[134].

Das eher zweischneidige Schwert der Auftragssubsumption ist das jederzeitige Widerrufsrecht beider Vertragsparteien nach Art. 404 OR. Steht es nämlich im Belieben eines jeden Schülers, den Unterricht und damit die Bezahlung des Schulgeldes praktisch von einem Tag auf den andern abzubrechen, so ist die geordnete Durchführung des Unterrichts nicht mehr gewährleistet. Der wirtschaftliche Träger einer Schule muss die erforderlichen Räume bereitstellen, unterhalten und die Lehrkräfte bezahlen, auch wenn ein Teil der Schüler ihr Interesse am Unterricht nachträglich verliert. Dies hat die Einführung von Risikozuschlägen zur Folge, letztlich zum Nachteil

---

129 Vgl. SJZ 60 (1964) 253.

130 SJZ 60 (1964) 363 f.; 62 (1966) 304 f.

131 Dazu Giger, 106-110; Fischer, 217 f.

132 Gautschi, Vorbem. zu Art. 363-379 N. 7.

133 Vgl. SJZ 66 (1970) 8; 64 (1968) 24 ff.; ZR 69 (1970) 48.

134 Giger, 105 f.

der interessierten Unterrichtsnehmer selbst[135]. Soll der Lehrbetrieb ordentlich abgewickelt werden können, so müssen Teilnehmerzahl und Finanzgrundlage vernünftig kalkulierbar sein, womit sich ein jederzeitiges Widerrufsrecht des Schülers schlecht verträgt.

Freilich müsste der Unterrichtsvertrag trotz dieser Nachteile als Mandat betrachtet werden, falls eine andere Qualifikation rechtlich nicht vertretbar wäre, und dies war denn auch bis zum Inkrafttreten des Abzahlungs- und Vorauszahlungsgesetzes im Jahre 1963 der Fall. Damals hat der Abzahlungsvertragsbegriff jedoch - wie bereits mehrfach betont - eine Erweiterung erfahren, sodass heute jede kreditierte Leistung gegen Teilzahlungen als Abzahlungsvertrag zu betrachten ist, gleichgültig, ob es sich um eine Sach-, Dienst- oder Arbeitsleistung handelt[136]. Der Unterrichtsvertrag, gleich dem Fernkursvertrag, weist eine ausgeprägte abzahlungsrechtliche Struktur auf, indem die Leistung des Unterrichtgebers - die Vermittlung eines Spezialwissens - ein in sich geschlossenes Ganzes darstellt, dem kreditierte und periodische Zahlungen gegenüberstehen. Er ist folglich als Abzahlungsvertrag zu qualifizieren.

In neuerer Zeit sind Unterrichtgeber dazu übergegangen, das Schulgeld halb- oder vierteljährlich "im voraus" zu beziehen, um damit das Moment der Kreditierung auszuschalten und die Subsumption unter Abzahlungsrecht zu vermeiden. Ein solcher Zahlungsmodus kann indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Leistung des Unterrichtgebers als eine einheitliche betrachtet werden muss, die nicht in einzelne, "vorauszahlbare" Teilleistungen unterteilt werden kann. Bei richtiger Betrachtungsweise stehen der ein Ganzes bildenden Leistung des Unterrichtsinstituts - deren Erbringung naturgemäss einige Zeit beansprucht - doch wieder nachträgliche Teilzahlungen gegenüber, die den Vertrag als Abzahlungsgeschäft erscheinen lassen. Das dauernde Aequivalenzverhältnis[137] zwischen den beidseitigen Lei-

---

135 Natürlich stehen dem Schulinhaber gemäss Art. 404 Abs. 2 OR Ersatzansprüche zu, wenn der Widerruf zur Unzeit erfolgt. Allein dieser Ausgleich ist ungenügend und führt unter Umständen zu schwierigen Beweisfragen. Die Einführung von Risikozuschlägen dürfte deshalb die Regel sein.

136 Vgl. vorn, S. 88-94.

137 Ueber die Bedeutung der permanenten Leistungsäquivalenz, vgl. vorn, S. 95 f.

stungen ist auch bei "vorauszahlbaren" Unterrichtsverträgen nicht gewahrt, es sei denn, das Schulgeld für den gesamten Unterricht wäre im voraus entrichtet worden.

Die Subsumption des Unterrichtsvertrages unter Abzahlungsrecht hat den Vorteil, dass dem Unterrichtnehmer Schutz zuteil wird, wo er des Schutzes bedarf, nämlich – wie dem Fernkursnehmer – in der Phase des Vertragsabschlusses. Nach Ablauf der fünftägigen Rücktrittsfrist muss er die Verantwortung für einen formrichtig geschlossenen Vertrag dagegen übernehmen und kann sich nicht mehr über das "Hintertreppchen" Auftragswiderruf seinen Verpflichtungen entziehen. Leichtfertige Schulmüdigkeit oder Unvorsicht bei der Einschätzung des eigenen Durchhaltewillens können die geordnete Durchführung des Unterrichts zumindest finanziell nicht mehr beeinträchtigen.

Im Rechtsöffnungsprozess bietet eine Subsumption unter Abzahlungsrecht den Vorteil, dass von Anfang an feststeht, welchen Formvorschriften ein Unterrichtsvertrag genügen muss, um als Rechtsöffnungstitel in Frage zu kommen. Dank dem Erfordernis der Schriftlichkeit der Verzichtserklärung ist zudem jederzeit leicht feststellbar, ob der Vertrag für den Betriebenen noch verbindlich ist oder nicht. Bei einer Subsumption unter Auftragsrecht besteht hierüber oft Unklarheit, da ein mündlicher Widerruf zur Aufhebung des Vertrages genügt.

f) Vom Abzahlungsgesetz erfasste Darlehensverträge und Teilzahlungsdarlehen

Nach Art. 226m Abs. 2 OR sind die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes sinngemäss anwendbar auf "die Gewährung von Darlehen zum Erwerb beweglicher Sachen, wenn der Verkäufer dem Darleiher die Kaufpreisforderungen mit oder ohne Eigentumsvorbehalt abtritt oder wenn Verkäufer und Darleiher in anderer Weise zusammenwirken, um dem Käufer die Kaufsache gegen eine nachträgliche Leistung des Entgelts in Teilzahlungen zu verschaffen".

Diese Bestimmung des Obligationenrechtes hat zur Folge, dass die abzahlungsrechtlichen Schutzvorschriften auch von Banken beachtet werden müssen, wenn durch bewusstes Zusammenwirken von Bank und Abzahlungsgläubiger ein Abzahlungsgeschäft finanziert werden soll. Uebermittelt z. B. die Bank bei der Absatzfinanzierung[138] dem Verkäufer den gesamten Kaufpreis, obwohl der Käufer die vom Gesetz vorgeschriebene Anzahlung nicht leistet, so unterliegt auch der Darlehensvertrag der relativen Nichtigkeit nach Art. 226d Abs. 3 OR. Die Darlehensrückforderung kann von der Bank insoweit nicht geltend gemacht werden, als die Anzahlung seitens des Käufers nicht beglichen wird[139]

Erste Voraussetzung für die Anwendung abzahlungsrechtlicher Normen auf Darlehensverträge ist ein Zusammenhang zwischen der Darlehensgewährung und dem finanzierten Geschäft. Nur wo ein rechtlicher oder wirtschaftliche Zusammenhang besteht – und zwar in dem Sinne, dass dem Sach- bzw. Dienstleistungsempfänger durch die Zusammenarbeit von Bank und Händler die wirtschaftliche Stellung eines Abzahlungsschuldners eingeräumt wird – greift Art. 226m Abs. 2 OR ein. Keine Rolle spielt es dagegen, ob ein Teilzahlungsdarlehen und ein Teilzahlungsgeschäft oder ein Teilzahlungsdarlehen und ein Bargeschäft gekoppelt werden[140].

Mit Bezug auf das Zusammenwirken von Verkäufer und Darleiher nehmen es die Gerichte genau. Ein Konnex wird bereits bejaht, wenn ein Händler zwar formell auf Barzahlung besteht, seinem Kunden jedoch Antragsformulare einer bestimmten Kleinkreditbank übergibt, welche die Finanzierung schliesslich übernimmt[141]. Ein Zusammenwirken wird auf jeden Fall be-

---

138 Man versteht darunter die Finanzierung eines Abzahlungsgeschäfts durch Gewährung eines Darlehens an den Händler. Im Gegensatz dazu steht die Kundenfinanzierung, bei der die Bank auf Empfehlung des Händlers dem Kunden ein Darlehen gewährt. In beiden Fällen wird es regelmässig zu einer Zession der abzahlungsvertraglichen Geldforderung samt Eigentumsvorbehalt an die finanzierende Bank kommen (Abtretungskonstruktion). Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, so liegt eine reine Darlehenskonstruktion vor (vgl. Stofer, 8ff.; Giger, 63f.).

139 Stofer, 160.

140 Vgl. Giger, 64 f.

141 Vgl. BJM 1970, 72; 1974, 261; 1976, 102; ZR 71 (1972) 97.

jaht, wenn in irgend einer Form eine Vereinbarung zwischen dem Händler und der Bank besteht oder wenn das Darlehen zwar vom Kunden beantragt wird, die Auszahlung aber direkt an den Händler erfolgt[142]. Kein Zusammenwirken im Sinne des Gesetzes liegt dagegen vor, wenn der Gesuchsteller aus eigenem Antrieb und unabhängig von einem bestimmten oder möglichen Abzahlungsvertragspartner beim Darleiher vorspricht oder wenn ein Darleiher mit dem Abzahlungsgläubiger zu blossen Informationszwecken – z. B. zwecks Feststellung der genauen Höhe der Kaufsschuld oder anderer Einzelheiten des Vertrages – Fühlung aufnimmt[143].

Zu Missverständnissen hat Art. 226m Abs. 3 OR Anlass gegeben. Aus dem etwas unklar abgefassten Wortlaut: "Barkäufe in Verbindung mit Teilzahlungsdarlehen unterstehen nicht den Vorschriften über den Abzahlungsvertrag, wenn die gesetzliche Mindestanzahlung beim Darleiher geleistet und der Barkaufpreis ohne Zuschlag beim Kaufsabschluss getilgt wird" könnte nämlich geschlossen werden, dass Teilzahlungsdarlehen im Zusammenhang mit Barkäufen lediglich den Vorschriften über die Anzahlung unterstünden, während das Verzichtsrecht und andere abzahlungsrechtliche Schutzvorschriften nicht beachtet werden müssten[144]. Dies entspricht aber nicht den Absichten des Gesetzgebers. Auf den Darlehensvertrag (das Teilzahlungsdarlehen) sind sämtliche Schutzvorschriften anwendbar, was – wie oben dargelegt – bereits aus Art. 226m Abs. 2 OR hervorgeht; lediglich das damit verbundene Bargeschäft erfährt durch die Gesetzesbestimmung eine Erleichterung[145], und auch dies nur, sofern die gesetzliche Mindestanzahlung geleistet worden ist.

Art. 226m Abs. 3 OR bestimmt, dass die gesetzliche Mindestanzahlung beim Darleiher geleistet worden sein muss, wenn das Bargeschäft von den Schutzbestimmungen des Abzahlungsgesetzes befreit sein soll. Hieraus wird deutlich, dass auch nach Art. 226m Abs. 3 OR eine Verbindung zwischen Darleiher und Händler stillschweigend vorausgesetzt wird. Dies ist

---

142 SJZ 66 (1970) 57f.; ZR 71 (1972) 97.

143 Kellerhals, 108.

144 Vgl. Stofer, 167, mit Hinweisen auf Kellerhals, 110, und Herold, 3.

145 Stofer, 167; Giger, 64f.; ZR 71 (1972) 97.

eine Bestätigung des Prinzips, wonach Teilzahlungsdarlehen dem Abzahlungsgesetz nicht unterstehen, wenn sie ohne jede Verbindung zwischen der Bank und dem Abzahlungsgläubiger hingegeben werden. Solche Teilzahlungsdarlehen werden vom Gesetz selbst dann nicht erfasst, wenn der Darlehensnehmer mit dem Geld Abzahlungsgeschäfte tätigen will und dies die Bank auch weiss. Der Schutz des wirtschaftlich Schwachen liegt in solchen Fällen in der erfahrungsgemäss grösseren Zurückhaltung der Kreditinstitute bei der Hingabe von Darlehen, da sie sich nicht durch die Uebernahme von Gläubigerrechten bzw. durch die Eintragung eines Eigentumsvorbehalts schützen können[146].

C. Titelqualität von Abzahlungsverträgen

Abzahlungsverträge sind per definitionem Kreditgeschäfte. Der Sach- oder Dienstleistungslieferant kann deshalb Zahlung nur einfordern, wenn er nachweist, dass seine eigene Leistung in rechtsgenügender Weise erbracht worden ist. Mit Bezug auf besondere Erfüllungsprobleme drängt sich – bei Anerkennung des Abzahlungsvertrages als Kontraktsgattung sui generis[147] – die analoge Anwendung der Bestimmungen derjenigen Vertragsart auf, welcher der Abzahlungsvertrag bei "gewöhnlicher" Zahlungsart (bar) angehören würde (Kauf, Miete, Auftrag, etc.). Es kann somit auf die Ausführungen unter den betreffenden Vertragsarten verwiesen werden.

D. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Der Gesetzgeber hat es mit Ausnahme des Kaufs auf Abzahlung unterlassen, Abzahlungsverträge gesetzlich zu regeln. Indes verweist Art. 226m Abs. 1 OR, der für das Verständnis des Abzahlungsvertragsbegriffs grundlegend ist[148], auf eben jene gesetzliche Regelung und erklärt damit sämt-

146 Giger, 67 f.

147 Vgl. vorn, S. 94

148 Vgl. vorn, S. 85 ff.

liche unter dem Titel "Kauf auf Abzahlung" besprochenen Form- und Inhaltserfordernisse auch für andere Abzahlungsverträge als verbindlich. Dies gilt namentlich für die Anzahlungs- und Verzichtsbestimmungen, für das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten, für die Verzugsfolgen sowie für alle Probleme, die auftreten im Zusammenhang mit den Ausnahmebestimmungen (Geschäfte unter Kaufleuten, Bagatellverträge, Dreiratenverträge etc.)[149].

III. Vorauszahlungsverträge

A. Allgemeine Bemerkungen zum Begriff des "Vorauszahlungsvertrags"

In Literatur und Rechtsprechung wird mehrheitlich angenommen, in den Art. 227a-i und 228 OR habe ein einziger Vertragstypus – eben der Vorauszahlungsvertrag – eine gesetzliche Regelung erfahren. Bei genauerer Betrachtung erweist sich diese Annahme jedoch als Trugschluss. Zwei rechtlich verschieden konzipierte Vertragsarten, der Vorauszahlungskauf- und der Sparkaufvertrag, sind vom Gesetz erfasst worden, und das Verständnis ihrer Eigenart wird nicht eben erleichtert dadurch, dass der Gesetzgeber kurz und ungenau vom "Vorauszahlungsvertrag" gesprochen hat[150].

Es ist das Ziel der nachfolgenden Erörterungen, die beiden Vertragstypen begrifflich näher zu umschreiben. Hernach können aus dem Darzulegenden gewisse Schlüsse gezogen werden, die für den Rechtsöffnungsprozess von Bedeutung sind.

---

149 Vgl. vorn, S. 78-85.

150 Vgl. allgemein Giger, Sparkaufvertrag. Giger unterscheidet auf Seite 137 sogar vier verschiedene Vorauszahlungsvertragstypen.

B. Begriffsbestimmungen

a) Der Vorauszahlungskaufvertrag

Am wenigsten Schwierigkeiten bereitet die begriffliche Erfassung des ersten geregelten Vertragstypus, der hier Vorauszahlungskauf oder Vorauszahlungskaufvertrag genannt werden soll[151]. Art. 227a Abs. 1 OR definiert allein diesen Vertragstypus und zwar als Vereinbarung, in der sich der Käufer verpflichtet, den Kaufpreis für eine bewegliche Sache in Teilzahlungen im voraus zu entrichten, während der Verkäufer verspricht, den Vertragsgegenstand nach der Bezahlung des Kaufpreises herauszugeben. Die Geldleistung ist somit pränumerando geschuldet mit Ausnahme der letzten Rate; diese wird erst fällig Zug um Zug gegen Herausgabe des Vertragsobjektes.

Typisches Merkmal eines Vorauszahlungskaufvertrages ist der Umstand, dass der Kaufpreis beim Verkäufer einbezahlt werden muss, und hierin liegt für den Käufer auch die spezifische Gefahr dieser Vertragsart. Werden die Einzahlungen – wie dies meist der Fall ist – vom Verkäufer einfach zu seinem Betriebskapital geschlagen, so hat der Vorauszahlungskäufer im Konkurs seines Vertragspartners das Nachsehen. Einige aufsehenerregende Konkurse dieser Art, bei denen eine grosse Zahl von Vorauszahlungskäufern ihre Ersparnisse verloren haben, sind denn auch wichtige Gründe für den Erlass der Gesetzesnovelle von 1962 gewesen[152]. Seit der Gesetzesrevision sind Vorauszahlungskaufverträge nur noch bei unterjährigen Vertragsverhältnissen zulässig. Die Risiken sind dadurch überschaubar geworden.

Gesetzestechnisch ist die Beschränkung auf unterjährige Verträge nicht durch ein Verbot erreicht worden, sondern dadurch, dass für überjährige Vertragsverhältnisse die Form des Sparkaufvertrages zwingend vorgeschrieben ist. Diesen zu definieren hat der Gesetzgeber allerdings unterlassen, weshalb

---

151 Andere Autoren, vornehmlich Giger, bezeichnen den Kauf mit ratenweiser Vorauszahlung des Kaufpreises als Ratenvorauszahlungsvertrag (vgl. Giger, Sparkaufvertrag, 114 und 137). Die hier verwendete Terminologie erscheint indessen zweckmässiger, handelt es sich beim Vorauszahlungskauf doch um das genaue Gegenstück eines Abzahlungskaufs, was auch phonetisch zum Ausdruck kommen sollte.

152 Vgl. Giger, Sparkaufvertrag, 126 ff.; Picenoni, 492.

ein diesbezüglicher Versuch im nächsten Abschnitt unternommen werden soll.

b) Der Sparkaufvertrag[153]

Ausgangspunkt für das richtige Verständnis von Sparkaufverträgen sind die Art. 227b Abs. 1 und 2 sowie 227d OR.

Diese Gesetzesbestimmungen schreiben vor, dass der Käufer bei überjährigen Vorauszahlungsverträgen seine Einzahlungen an eine Bank zu tätigen habe, und zwar auf ein unter seinem Namen geführtes Konto. Während der Dauer der Spartätigkeit gehören somit die Einzahlungen ohne Zweifel zum Vermögen des Sparers, auch wenn sein Verfügungsrecht über das Konto gemäss Art. 227b Abs. 2 OR beschränkt ist. Hieraus folgt, dass die Einzahlungen nicht als "Zahlung des Kaufpreises" im Sinne von Art. 227a Abs. 1 OR verstanden werden können. Sie stellen vielmehr die Erfüllung einer vertraglich vereinbarten Spartätigkeit dar, die ihrerseits ein aufgeschobenes Kaufsgeschäft ermöglichen soll. Dieses Kaufsgeschäft wird zur Abwicklung fällig, sobald die Sparsumme erreicht ist. Anders als beim Vorauszahlungskaufvertrag wird dabei der Kaufpreis (Sparsumme) Zug um Zug gegen Uebergabe der Kaufsache entrichtet.

In Literatur und Rechtsprechung ist bis heute zuwenig erkannt worden, dass mit dieser Regelung mehr geschaffen worden ist als bloss ein besonders sicherer Zahlungsmodus. Es ist damit eine Vertragskombination eigener Art gesetzlich verankert worden, die aus der Verkoppelung einer unbedingten Sparabrede mit einem suspensiv bedingten Kauf hervorgeht. Die Besonderheit dieses Vertragsgebildes liegt darin, dass mit Erfüllung der Sparabrede die Bedingung zur Durchführung des Kaufs eintritt.

Nach dem Gesagten kann der Sparkaufvertrag - in Anlehnung an Giger[154] - definiert werden als Verkoppelung einer unbedingten, vom Käufer zuerst zu

---

153 Vgl. allgemein Giger, Sparkaufvertrag, 27-38 und 108-117.

154 Giger, Sparkaufvertrag, 116.

erfüllenden Sparabrede mit einer suspensiv bedingten, von beiden Parteien Zug um Zug zu erfüllenden Kaufsabrede, deren Zusammenwirken darin besteht, dass sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses allein die Sparklausel realisiert, während nach der Einzahlung der Sparsumme automatisch die Kaufklausel wirksam wird.

Das Gesetz schreibt – wie bereits erwähnt – für überjährige Verträge die Form des Sparkaufvertrages zwingend vor. Das heisst indessen nicht, dass die Unterscheidung Vorauszahlungskaufvertrag/Sparkaufvertrag mit derjenigen von unter- und überjährigen Verträgen identisch wäre; einziges Kriterium ist die rechtliche Konstruktion. Sparkaufverträge sind gelegentlich bei unterjährigen Vertragsverhältnissen anzutreffen, während überjährige Vorauszahlungskaufverträge – wie aus Art. 227b Abs. 3 OR geschlossen werden kann – auch etwa vorkommen mögen.

C. Titelqualität von Vorauszahlungsverträgen

a) Des Vorauszahlungskaufvertrages

Die Einrede der fehlenden Titelqualität, mit der bei synallagmatischen Verträgen das Fehlen oder die Mangelhaftigkeit der Gegenleistung geltend gemacht werden kann, kommt bei Vorauszahlungskaufverträgen nur in sehr beschränktem Masse zur Anwendung. Mit Ausnahme der letzten Rate ist der Käufer bekanntlich vorleistungspflichtig und sein Zahlungsversprechen ist in diesem Umfange vorbehaltlos (Pränumerandokauf). Einzig die letzte Rate kann von ihm mit Gegenseitigkeitseinreden zurückgehalten werden, weil sich in diesem Stadium der Geschäftsabwicklung der Vorauszahlungskaufvertrag in ein Zug um Zug Geschäft verwandelt.

b) Des Sparkaufvertrages

Beim Sparkaufvertrag ist der Käufer mit Bezug auf sämtliche Spareinlagen vorleistungspflichtig. Eine Differenzierung zwischen früheren und der letzten Rate ist überflüssig, da mit der Erbringung der letzten Teilzahlung kein

unmittelbarer Herausgabeanspruch verbunden ist, sondern lediglich die Bedingung für die Wirksamkeit der Kaufklausel erfüllt wird. Betreibt der Gläubiger auf Grund eines Sparkaufvertrages für ausstehende Spareinlagen, so können Einreden bezüglich einer fehlenden oder mangelhaften Gegenleistung nicht gehört werden[155].

Ganz anders verhält es sich, wenn aus der eigentlichen Kaufsabrede betrieben wird. Wird sie – nach Bezahlung der letzten Spareinlage – wirksam, so erhalten beide Seiten einen barkaufmässigen Erfüllungsanspruch. Während der Verkäufer nun die Ueberweisung der Sparsumme als Kaufpreis verlangen darf, steht es dem Käufer offen, die Herausgabe des Vertragsgegenstandes zu fordern. Dabei handelt es sich nach der Regelung des Art. 227d OR um ein Zug um Zug Geschäft oder, wenn eine kurze Zahlungsfrist eingeräumt ist, um ein für den Käufer ebenso günstiges Kreditgeschäft. Betreibt deshalb der Gläubiger auf Grund eines Sparkaufvertrages für den ausstehenden Kaufpreis, d.h. für Zahlung an ihn selbst, so muss er sich sämtliche Einreden aus der Gegenseitigkeit des Vertrages entgegenhalten lassen.

D. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Vorauszahlungsverträge sind in den Art. 227a-i und 228 OR ähnlich scharfen Form- und Inhaltsvorschriften unterworfen worden wie Abzahlungskaufverträge. Und da der Gesetzgeber zwischen Vorauszahlungskauf- und Sparkaufverträgen nicht unterschieden hat, ist anzunehmen, die gesetzlichen Vor-

---

155 Einige Besonderheiten der Betreibung für Spareinlagen sind gleichwohl zu beachten:
a) Zahlung kann nicht an den Betreibungsgläubiger verlangt werden, sondern ausschliesslich an die Bank. Die Sparabrede ist als unechter Vertrag zugunsten eines Dritten anzusehen, bei dem der Verkäufer zwar forderungsberechtigt ist, Zahlung indessen nur an den Dritten (die Bank) verlangen kann.
b) Entgegen anderen Ansichten handelt es sich dabei nicht um eine Betreibung auf Sicherstellung, sondern um eine solche auf Zahlung.
Das Bundesgericht hat dieser Situation – wenn auch mit anderer Begründung – Rechnung getragen durch Schaffung eines besonderen Zahlungsbefehlformulars. Darin muss neben den Personalien des Gläubigers auch die begünstigte Bank aufgeführt werden (vgl. BGE 90 III 1 ff.).

schriften seien für beide Vorauszahlungsvertragsarten in gleichem Masse verbindlich. Im Rechtsöffnungsprozess obliegt es dem Betriebenen, den Vorauszahlungscharakter der Vereinbarung und deren allfällige Nichtigkeit infolge von Form- und Inhaltsfehlern glaubhaft zu machen[156].

156 Vgl. jedoch vorn, FN 5.

§ 8 VERTRAEGE AUF GEBRAUCHSUEBERLASSUNG

I. Miet- und Pachtverträge

A. Mietverträge

a) Begriff und allgemeine rechtsöffnungsrechtliche Probleme

Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter den Gebrauch einer Sache zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter hiefür einen Mietzins zu entrichten[1]. Bedienen sich die Parteien bei ihrer Abmachung der Schriftform, so kann der Vertrag als Rechtsöffnungstitel für die Zinsforderungen in Frage kommen; ein mündlicher Mietvertrag in Verbindung mit einem signierten Kündigungsschreiben genügt dagegen regelmässig nicht[2].

Am Erfordernis der Schriftlichkeit fehlt es auch, wenn ein schriftlicher Vertrag zwar ursprünglich abgeschlossen worden ist, dieser jedoch durch Zeitablauf oder Kündigung erloschen ist, ohne dass der Mieter den Mietgegenstand zurückgegeben hätte. Duldet z.B. bei Immobilienmieten der Vermieter den Mieter nach Ablauf des Mietvertrages freiwillig weiterhin in den betreffenden Räumlichkeiten, so ist anzunehmen, es sei zur stillschweigenden Schliessung eines neuen Vertrages mit gleichem Inhalt wie früher gekommen und nicht zu einer Verlängerung des alten Vertrages. Da der neue Mietvertrag indessen nicht schriftlich ist, kann bei Zahlungsverzug des Mieters Rechtsöffnung nicht verlangt werden[3].

In Zeiten steigender Lebenskosten werden oft indexgebundene, gestaffelte oder sonstwie sich regelmässig erhöhende Mietzinsen vereinbart. Dabei gilt folgendes: Auch wenn der betreffende Vertrag die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt[4], so können die erhöhten Mietzinse im Rechtsöffnungsver-

---

1 Art. 253 OR.

2 Panchaud/Caprez, § 74, 98, Nr. 9.

3 SJZ 42 (1946) 155.

4 Vgl. Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972, Art. 9 und 10.

fahren nur durchgesetzt werden, wenn der genaue Umfang der Erhöhung und der Zeitpunkt ihres Inkrafttretens durch Unterschrift des Schuldners gedeckt sind. Ungenügend sind dagegen Klauseln, welche den Vermieter ermächtigen, den Mietpreis im Umfange von unbekannten, dereinst gestiegenen Lebenskosten zu erhöhen. In einem solchen Fall liegt für den erhöhten Mietzins nur eine unbestimmte Schuldanerkennung vor, sodass Rechtsöffnung nicht erteilt werden kann[5].

Im Mietvertrag verpflichtet sich lediglich der Mieter zu einer Geldzahlung, während die Leistung des Vermieters auf Ueberlassung des Gebrauchs gerichtet ist. Aus diesem Grunde kann ein Mietvertrag nicht als Rechtsöffnungstitel gegenüber dem Vermieter in Frage kommen, wenn wegen Unbenutzbarkeit des Mietobjektes die Rückzahlung eines bereits geleisteten Mietzinses gefordert wird. Was der Mieter in diesem Fall verlangt, ist nicht Erfüllung des Vertrages, sondern eine Leistung infolge von Nichterfüllung; eine derartige Leistung ist vom Vermieter aber nicht anerkannt worden[6].

Besondere Probleme können auftreten im Zusammenhang mit dem in Art. 272 OR vorgesehenen Retentionsrecht des Vermieters. Will der Schuldner in einer Retentionsbetreibung nicht nur die Forderung, sondern auch das geltend gemachte Retentionsrecht bestreiten, so hat er dies im Rechtsvorschlag ausdrücklich zu vermerken. Andernfalls gilt das Retentionsrecht als anerkannt. Verlangt nun der Gläubiger Rechtsöffnung nicht nur mit Bezug auf die Forderung, sondern auch mit Bezug auf das Retentionsrecht selbst, so stellt sich die Frage, ob eine derartige Rechtsöffnung überhaupt möglich sei, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen. Die Praxis der Gerichte war in dieser Beziehung während vieler Jahre widerspruchsvoll[7]. Oft wurde Rechtsöffnung für das Retentionsrecht verweigert mit der Begründung, es sei keine Geldforderung, sondern nur deren pfandrechtliche Sicherstellung Gegenstand eines Retentionsverfahrens. Heute darf diese Ansicht richtigerweise als überholt gelten. Die Zulässigkeit des Rechts-

---

5 BlSchK 37 (1973) 172.

6 ZBJV 73 (1937) 196; SJZ 34 (1937/38) 44.

7 Vgl. Usteri, 91 ff.; derselbe, Retentionsprosequierung, 73 ff.

öffnungsprozesses zur Aufhebung eines gegen das Retentionsrecht gerichteten Rechtsvorschlages wird nunmehr ganz allgemein befürwortet, weil in der Zwischenzeit erkannt worden ist, dass die Retentionsbetreibung weitgehend einer Betreibung auf Pfandverwertung gleicht, bei der ein solches Vorgehen seit langem als zulässig erachtet worden ist[8].

Hinsichtlich der Frage, ob für die Rechtsöffnung mit Bezug auf das Retentionsrecht die gleichen Voraussetzungen gelten wie für die Rechtsöffnung mit Bezug auf die Forderung selbst, plädieren Brand[9] und etliche ältere Gerichtsurteile für eine strikt analoge Anwendung des Art. 82 SchKG. Nach dieser Ansicht soll Rechtsöffnung für das Retentionsrecht nur erteilt werden können, sofern auch dieses in einer öffentlichen oder unterschriebenen privaten Urkunde ausdrücklich anerkannt worden ist. Vorzuziehen – weil den Bedürfnissen der Praxis besser angepasst – ist eine vom Obergericht des Kantons Zürich entwickelte Auffassung, wonach es sich beim Retentionsrecht des Vermieters um ein gesetzliches Akzessorium zur Mietzinsforderung handelt, bei dem eine separate Anerkennung als überflüssig erscheint. Rechtsöffnung wird nach dieser Ansicht regelmässig für Forderung und Pfandrecht erteilt, wenn eine Retentionsbetreibung eingeleitet worden ist und wenn die Mietzinsen in den Formen von Art. 82 SchKG anerkannt worden sind[10]. Anders zu entscheiden hiesse dem Vermieter den Weg über das Rechtsöffnungsverfahren praktisch zu verschliessen, wenn neben der Forderung auch das Retentionsrecht bestritten wird.

b) Titelqualität

Ein Mietvertrag stellt eine unbedingte Schuldanerkennung für den Mietzins dar, wenn der Mieter vorleistungspflichtig ist[11]. Trifft dies nicht zu, so

---

8 Vgl. Blumenstein, 518; Jaeger/Daeniker, 153 N. 3; Usteri, 93 ff.; derselbe, Retentionsprosequierung, 73; BGE 62 III 7 ff.; 75 I 104; 76 III 22 ff.

9 Brand, Schuldbetreibung, SJK Nr. 1093, S. 9.

10 Vgl. BlSchK 23 (1959) 114; ZR 77 (1978) 18.

11 Vorn, S. 61 f.

kann der Vertrag als Rechtsöffnungstitel nur in Frage kommen, wenn der Betreibungsgläubiger im Rechtsöffnungsprozess nachzuweisen vermag, dass er seine eigene Leistung gehörig erbracht hat.

Für die Erfüllungsreihenfolge gilt in erster Linie der Vertrag. Dispositives Gesetzesrecht verweist auf den Ortsgebrauch und sieht für den Fall des Fehlens eines solchen eine Vorleistungspflicht des Vermieters vor[12]. Die gesetzliche Regelung dürfte indessen nur selten zum Zuge kommen, da besonders im Mietwesen die Standardisierung von Verträgen weit fortgeschritten ist, wobei die gedruckten Vertragsformulare fast ausnahmslos eine Vorleistungspflicht des Mieters vorsehen.

Sind periodische Mietzinsen vereinbart worden, so kann auch bei Vorleistungspflicht des Mieters im Vertrag eine unbedingte Schuldanerkennung nur mit Bezug auf das erste Zinsbetreffnis gesehen werden; bei später fällig werdenden Raten ist gehörige Vertragserfüllung seitens des Vermieters vorausgesetzt. Betreibt deshalb der Vermieter für die zweite oder eine spätere Mietzinsforderung, so hat er – genau gleich wie wenn er vorleistungspflichtig wäre – die Erfüllung seiner eigenen Leistungspflicht darzutun[13].

1. Nachweis der eigenen Leistung

Beim Nachweis der Eigenleistung des Vermieters stellt sich die Frage, ob der Betreibende lediglich das Bereitstellen bzw. das Zurverfügunghalten des Mietobjektes nachzuweisen hat oder auch die Benutzung der Sache durch den Mieter. Ersteres dürfte die angemessene Lösung sein, hätte es andernfalls der Schuldner doch in der Hand, den Gläubiger durch Passivität um seine betreibungsrechtliche Stellung zu bringen. Wenn der Mieter schon bei unverschuldeter Verhinderung der Benutzung zur Entrichtung des Mietzinses verpflichtet ist, solange der Vermieter die vermietete Sache bereitgehalten

---

12 Art. 262 OR.

13 Vgl. Hess, 58; vgl. auch die für den Mieter noch günstigere Auffassung in ZR 77 (1978) 16.

hat[14], so kann es auch in rechtsöffnungsrechtlicher Hinsicht weniger auf die Benutzung als auf das Zurverfügunghalten ankommen.

Bei beweglichen Gegenständen kann sich der Vermieter den Beweis für das Zurverfügunghalten durch Hinterlegung sichern. Bei Immobilienmieten kommt dies aus naheliegenden Gründen nicht in Frage. Hier muss der Nachweis des tatsächlichen Ueberganges der Verfügungsgewalt genügen. Der Vermieter kann sich zum Beispiel die Uebergabe der Schlüssel bescheinigen lassen oder diese dem Mieter per Einschreibesendung zukommen lassen. Rechtsöffnung ist schon bewilligt worden in Fällen, in denen die Schlüssel nachträglich wieder zurückgeschickt oder die Räumlichkeiten nachträglich nicht benutzt worden sind; Voraussetzung ist allerdings, dass der Vermieter sie weiterhin zur Verfügung des Mieters gehalten hat[15].

2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Aehnlich wie ein Verkäufer hat auch ein Vermieter dafür einzustehen, dass nicht ein Dritter bessere Rechte auf den Vertragsgegenstand erheben kann[16]. In Analogie zum Kaufrecht muss aber angenommen werden, dass nur tatsächlich geltend gemachte Drittansprüche die Titelqualität des Mietvertrages erschüttern können, da sonst der Rechtsmangel ohne praktische Folgen geblieben ist[17].

Als weitere Parallele zum Kaufrecht hat der Vermieter bei der Uebergabe des Mietgegenstandes und auch später sachgewährsähnliche Pflichten[18]. Dabei ist im Rechtsöffnungsprozess zu beachten, dass nicht mit jeder Mängelbehauptung die Titelqualität des Vertrages zu Fall gebracht werden kann. Auch wenn das Gesetz spezielle Rüge- und Prüfungspflichten beim Mietvertrag nicht aufgestellt hat ist gleichwohl anzunehmen, offensichtlich geduldete Mängel seien konkludent genehmigt worden. Nur wenn der Mieter so-

---

14 Art. 257 OR.

15 Panchaud/Caprez, § 75, 99, Nr. 7.

16 Art. 258 OR.

17 Vgl. vorn, S. 68.

18 Art. 254 ff.

fort nach ihrer Entdeckung reklamiert und es der Vermieter in der Folge unterlässt, für die erforderliche Abhilfe zu sorgen, verliert der Mietvertrag für nachfolgende Zinsperioden seine Titelqualität. Bis dahin muss Rechtsöffnung erteilt werden[19].

Behauptet der Betriebene einen Mangel, erscheint dieser jedoch nicht wichtig genug, um eine Herabsetzung des Mietzinses oder die Zusprechung von Schadenersatz zu rechtfertigen, so verliert der Vertrag seine Eignung als Rechtsöffnungstitel nicht; der Mietzins soll nicht wegen Geringfügigkeiten verweigert werden dürfen[20]. Keine Rolle spielt es dagegen, ob den Vermieter am schlechten Zustand der Sache ein Verschulden trifft oder nicht[21]. Selbst wenn die Störung auf behördlicher Verfügung beruhen sollte, die vom Vermieter in keiner Weise veranlasst worden ist, kann der Mieter Herabsetzung des Mietzinses verlangen oder seine Zahlungen einstellen. Er hat den ihm erwachsenden Schaden im Rechtsöffnungsprozess jedoch glaubhaft zu machen[22].

c) Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Als wichtigste, nicht in der Zweiseitigkeit des Vertrages gründende Einrede des Mieters kommt die Geltendmachung einer Kündigung in Frage, denn selbstverständlich kann ein Mietvertrag als Rechtsöffnungstitel nur in Frage kommen für die Zeit, während welcher er in Kraft gestanden hat. Dass er und wann er ausser Kraft getreten ist, muss vom Betriebenen glaubhaft gemacht werden[23].

Vor allem bei Immobilienmieten treten in diesem Zusammenhang relativ häufig Probleme mit vorzeitigen Kündigungen auf. Dabei gilt folgendes:

---

19 Vgl. SJZ 40 (1944) 159.

20 Vgl. Panchaud/Caprez, § 76, 101, Nr. 16. Als erhebliche Mängel sind in der Praxis etwa genannt worden: Feuchtigkeit des Hauses (BGE 43 II 70), ungenügende Heizung (BGE 42 II 352), Fehlen der zugesicherten Kundschaft (SJZ 56 (1960) 89) etc.

21 Von Büren II, 86; Becker, Art. 254/55 N. 20.

22 SJZ 39 (1942/43) 202.

23 ZBJV 80 (1944) 137; BlSchK 8 (1944) 140.

Eine zu kurzfristige Kündigung ist mit Bezug auf den vorgesehenen Termin wirkungslos. Sie wird von den Gerichten jedoch in eine Kündigung auf den nächstmöglichen Termin umgedeutet. Behauptet der Betriebene, die vorzeitige Kündigung sei vom Vermieter freiwillig angenommen worden, so hat er diesen Umstand im Rechtsöffnungsprozess glaubhaft zu machen; Stillschweigen des Vermieters auf eine verfrühte Kündigung hin spricht in der Regel nicht für sein Einverständnis[24].

Auf der andern Seite ist aber ein Vermieter beim vorzeitigen Auszug eines Mieters nach Treu und Glauben verpflichtet, das Mietobjekt so rasch als möglich weiterzuvermieten. Kommt er dieser Pflicht nicht oder nur ungenügend nach, so handelt er seinerseits rechtswidrig und hat für den von ihm verursachten Teil des Schadens selber einzustehen. Aus diesem Grunde kann der Betriebene die im Mietvertrag enthaltene Schuldanerkennung bei vorzeitigem Auszug dadurch entkräften, dass er Pflichtverletzungen des Vermieters mit Bezug auf die rasche Weitervermietung der Wohnung oder des Hauses glaubhaft macht.

Unzulässig ist heute die Vereinbarung einer Konventionalstrafe, die den Mieter im Falle eines vorzeitigen Auszugs zu mehr als zur Deckung des effektiven Schadens verpflichtet[25].

B. Pachtverträge

a) Begriff

Durch den Pachtvertrag verpflichtet sich der Verpächter, dem Pächter eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch zu überlassen. Der Pächter verpflichtet sich demgegenüber zur Zahlung eines Pachtzinses in Form von Geld oder in Form eines Bruchteils der Früchte und Erträgnisse (Teilpacht oder Kolonat)[26]. Als betreibungsfähige Schuldurkunden können na-

---

24 SJZ 13 (1917) 219.

25 Art. 12 des Bundesbeschlusses gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972.

26 Art. 275 OR.

türlich nur jene Pachtverträge in Frage kommen, bei denen der Pachtzins in Geld zu entrichten ist. Andernfalls ist der Verpächter zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf die kantonalrechtliche Zwangsvollstreckung angewiesen.

Miete und Pacht weisen zahlreiche gemeinsame Merkmale auf und die Abgrenzung der beiden Vertragsarten voneinander kann sich mitunter schwierig gestalten. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn eine bewegliche oder unbewegliche Sache zur Benutzung auf Zeit übergeben wird. Im Einzelfall kommt es darauf an, ob die wirtschaftliche Nutzung des Vertragsobjektes das Schwergewicht des Vertrages bildet (Pacht) oder ob lediglich der einfache Gebrauch der Sache gestattet wird (Miete).

Im Rechtsöffnungsprozess ist die Abgrenzung von Miete und Pacht nur selten relevant, weil die Voraussetzungen der Rechtsöffnung bei beiden Vertragsarten grundsätzlich dieselben sind. Wichtiger kann unter Umständen die Abgrenzung von Pacht und Kauf werden, welche hauptsächlich dann Schwierigkeiten bereitet, wenn mit der Nutzung auch ein Eingriff in die Substanz einer Sache verbunden ist. Gestattet beispielsweise der Eigentümer eines Grundstückes einem andern die Ausbeutung eines Kies- oder Sandlagers, so wird – falls sich der Wert des Grundstückes dadurch erheblich vermindert – eher Kauf als Pacht anzunehmen sein, auch wenn die Parteien den Vertrag als Pachtverhältnis bezeichnen[27]. Entsprechend hat der Schuldner, der im Rechtsöffnungsprozess Mängel am Aushub glaubhaft machen will, eine form- und fristgerechte Mängelrüge im Sinne von Art. 201 OR darzutun, was im Falle eines Pachtvertrages nicht nötig wäre.

b) Titelqualität

Ist der Pächter nicht vorleistungspflichtig, so wird eine im Pachtvertrag grundsätzlich enthaltene Schuldanerkennung nur wirksam, wenn der Gläubiger im Rechtsöffnungsprozess beweist, dass er den Pachtgegenstand übergeben, hinterlegt (Fahrnis) oder zur Verfügung des Pächters (Grundstück)

---

27 Vgl. BGE 86 I 233; Oser/Schönenberger, Art. 275 N. 9.

gehalten hat. Dank Umkehr der Beweislast[28] liegt es sodann dem Pächter ob, allfällige Erfüllungsmängel glaubhaft zu machen.

Die gegenseitigen Pflichten der Verpächter und Pächter entsprechen weitgehend denjenigen von Vermieter und Mieter. Insbesondere hat ein Verpächter gleich einem Vermieter den Pachtgegenstand in einem zur Nutzung und Bewirtschaftung geeigneten Zustand zu übergeben[29] und ihn während der Dauer der Vertragsabwicklung in einem solchen Zustand zu erhalten[30]. Des weitern hat er dafür einzustehen, dass nicht ein Dritter Rechte auf den Pachtgegenstand erheben kann, die sich mit den Interessen des Pächters nicht vertragen[31]. Demgegenüber ist der Pächter zur Zahlung des vereinbarten Zinses auch dann verpflichtet, wenn er vom Pachtgegenstand aus eigenem Verschulden oder infolge eines in seiner Person eingetretenen Zufalles keinen oder nur beschränkten Gebrauch machen kann[32]. Ja sogar mit Bezug auf das Retentionsrecht des Verpächters wird auf die Regelung beim Mietvertrag verwiesen[33].

Diese ausgeprägte Aehnlichkeit zwischen Miete und Pacht hat zur Folge, dass die über die Titelqualität von Mietverträgen früher gemachten Ausführungen sinngemäss auch für Pachtverträge gelten.

c) Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Die Abgrenzung von Miete und Pacht kann dann von Bedeutung sein, wenn ein Schuldner im Rechtsöffnungsprozess das Erlöschen der Forderung infolge von Kündigung behauptet. Die in Art. 290 OR (Pacht) aufgestellten Kündigungsfristen sind nämlich erheblich länger als jene des Art. 267 OR (Miete). Behauptet der Schuldner ein gekündigtes Mietverhältnis, obwohl nach Pachtrecht die Kündigungsfristen nicht eingehalten sind, so hat er den Mietcharakter der Vereinbarung glaubhaft zu machen.

---

28 Vgl. vorn, S. 58 ff.
29 Art. 277 OR.
30 Art. 278 OR.
31 Art. 280 OR.
32 Art. 279 OR.
33 Art. 286 Abs. 3 OR.

Eine spezielle Einrede materiellrechtlicher Natur, die bei der Miete kein Gegenstück hat, ergibt sich für den Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes aus Art. 287 Abs. 1 OR. Hat der gewöhnliche Ertrag aus der Bewirtschaftung des Grundstückes infolge von ausserordentlichen Unglücksfällen oder Naturereignissen erheblichen Abbruch erlitten, so kann der Pächter einen verhältnismässigen Nachlass am Pachtzins fordern. Freilich kann diese ausserordentliche Reduktion nur in ganz extremen Fällen beansprucht werden, weshalb die blosse Glaubhaftmachung einer schlechten Ernte zur Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens nicht genügt. Der Pächter hat den Unglücksfall bzw. das Naturereignis und seinen dadurch bedingten Ernteausfall glaubhaft darzutun[34].

II. Lizenzverträge

A. Begriff und Rechtsnatur

Beim Lizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber, der an einem bestimmten Immaterialgut rechtliche oder faktische Exklusivität geniesst, dem Lizenznehmer gegen Entgelt die Nutzung an dem betreffenden Immaterialgut zu verschaffen und aufrecht zu erhalten (positive Begriffsbestimmung) beziehungsweise ihm gegenüber seine Exklusivrechte nicht durchzusetzen (negative Begriffsbestimmung)[35,36]. Die Lizenzgebühr kann in einem Mal oder periodisch zahlbar sein.

Erfindungen, Technische Geheimnisse, Know-how, Werke der Literatur, Musik oder Kunst, Muster und Modelle, Fabrik- und Handelsmarken sowie Warenausstattungen können in Lizenz vergeben werden. Dabei unterscheidet

---

34 Das Bundesgericht hat in BGE 26 II 92 die Reduktion einer Ernte um ca. einen Siebentel infolge Engerlingfrass als nicht genügend erachtet, um eine Herabsetzung des Pachtzinses zu rechtfertigen. Demgegenüber hat das gleiche Gericht die Vernichtung von drei Vierteln eines Baumgartens durch Frost als Herabsetzungsgrund anerkannt (BGE 93 II 108).

35 Vgl. Troller II, 807 ff.; derselbe, Kurzlehrbuch, 130 ff.; Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 3; Schade, 17 ff.; Frey, 1 ff.

36 Streitig ist, ob die positive oder die negative Begriffsumschreibung die zutreffende sei (vgl. Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 56).

man ausschliessliche und einfache Lizenzen, je nachdem ob dem Lizenznehmer die alleinige Nutzung des betreffenden Immaterialgutes eingeräumt wird, oder ob er sich mit andern (dem Lizenzgeber oder Dritten) in die Nutzung teilen muss. Ferner werden freiwillige, d.h. durch Rechtsgeschäft erteilte Lizenzen unterschieden von Zwangslizenzen, bei denen die Lizenzvergabe durch hoheitlichen Akt des Richtes erfolgt[37].

Trotz seiner grossen Bedeutung in der Praxis hat der Lizenzvertrag im Gesetz keine umfassende Regelung erfahren. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die Ansichten über seine Rechtsnatur geteilt sind. Früher ist vorwiegend die Ansicht vertreten worden, die Lizenzvergabe sei mit einem Pachtvertrag gleichzusetzen, weil sie dieser Vertragsart in jeder Beziehung am nächsten komme[38]. In der Zwischenzeit ist jedoch erkannt worden, dass ein Lizenzvertrag nebst ausgeprägt pachtähnlichen Elementen auch eine Reihe von kauf- und gesellschaftsrechtlichen Merkmalen besitzt. Die heute vorherrschende Qualifizierung als synallagmatischer contractus sui generis[39] erscheint deshalb passender[40]. Gelegentlich sind die gesellschaftsrechtlichen Elemente eines Lizenzvertrages aber derart dominierend, dass von einem Interessengegensatz nicht mehr gesprochen werden kann. Es entsteht dann ein eigentliches Gesellschaftsverhältnis (zumeist eine einfache Gesellschaft) und der Lizenzvertrag muss als Gesellschaftsvertrag betrachtet werden[41].

Die nachfolgenden Erörterungen beziehen sich ausschliesslich auf synallagmatische Lizenzvereinbarungen unter Ausschluss der gesellschaftsrechtlichen Variante.

---

37 Vgl. z.B. Art. 37 und 40 PatG.

38 BGE 51 II 62; 53 II 133; 61 II 142; ZR 49 (1950) 72; Oser/Schönenberger, Art. 275 N. 3; Guhl, 1. Aufl., 270.

39 Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 18 und 20; Troller, Kurzlehrbuch, 130 f.; Frey, 6; Pestalozzi, 22 f.; BGE 92 II 300.

40 Als Pachtvertrag wird der Lizenzvertrag noch qualifiziert bei von Büren II, 109.

41 Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 15 und 5.

B. Titelqualität

a) Nachweis der eigenen Leistung

Eine Nachweispflicht mit Bezug auf die Eigenleistung des Lizenzgebers kann im Rechtsöffnungsprozess nur verlangt werden, wenn man sich der positiven oder einer Kombination von positiver und negativer Begriffsbestimmung verschreibt. Wird nämlich mit der negativen Begriffsbestimmung die Leistungspflicht des Lizenzgebers allein im Verzicht auf die Durchsetzung seines Ausschliesslichkeitsanspruches gesehen, so ist ein Beweis hiefür im Rechtsöffnungsprozess natürlich nicht notwendig.

Die negative Begriffsbestimmung ist indessen nicht weit verbreitet und in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre[42] ist anzunehmen, dass den Lizenzgeber – zumindest teilweise – auch positive Leistungspflichten treffen, deren Erfüllung der Betreibende im Rechtsöffnungsprozess zu beweisen hat. Man spricht in diesem Zusammenhang gewöhnlich von der sogenannten Genussverschaffungspflicht des Lizenzgebers, die je nach Art der in Frage stehenden Lizenz mehr oder weniger umfassend sein kann:

a) Bei Patentlizenzverträgen ist die Genussverschaffungspflicht des Patentinhabers von untergeordneter Natur. Die Duldung der Patentverletzung steht hier im Vordergrund. Selbst eine allfällig versprochene technische Hilfe kann nicht als primäre Leistungspflicht des Lizenzgebers betrachtet werden[44]. Im Rechtsöffnungsprozess hat der Patentinhaber deshalb lediglich das Bestehen der patentmässigen Vorzugsstel-

---

42 Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 56, S. 424, sowie die dort aufgeführten Autoren und Gerichtsurteile.

43 Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 57.

44 Technische Hilfe ist bei Patentlizenzverträgen auch nur in sehr beschränktem Umfange notwendig, da die technische Grundlehre bereits aus der (jedermann zugänglichen) Patentschrift ersichtlich sein muss. Andernfalls wäre das Patent nichtig (Art. 50 PatG in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 PatG); Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 57.

lung nachzuweisen, was anhand der Patenturkunde mit wenig Aufwand möglich sein sollte[45].

b) Bei den übrigen Lizenzverträgen, insbesondere bei solchen über technische Geheimnisse und Know-how, ist die Genussverschaffungspflicht des Lizenzgebers umfassender. Hier stellt die Bekanntgabe technischer Regeln, die Uebergabe von Konstruktionsplänen, Werkstattzeichnungen etc. sowie die Vermittlung von Betriebserfahrungen die Hauptleistung des Lizenzgebers dar[46]; ihre Erbringung hat er im Rechtsöffnungsprozess zu beweisen. Aus den praktischen Schwierigkeiten, die mit einer solchen Beweisführung verbunden sind, wird ersichtlich, dass Lizenzverträge über technische Geheimnisse und Know-how nur in seltensten Fällen als Rechtsöffnungstitel in Frage kommen dürften.

b) Absenz von Erfüllungsmängeln

Aehnlich wie ein Verkäufer, Vermieter oder Verpächter haftet auch ein Lizenzgeber für Rechts- und Sachmängel am Vertragsgegenstand[47]. In diesem Sinne hat der Lizenzgeber dafür einzustehen, dass das lizenzierte Patent, die lizenzierte Marke, der lizenzierte technische Vorsprung etc. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich bestanden haben. Waren bereits damals Patentnichtigkeitsgründe vorhanden oder haben bereits damals unberechtigte Konkurrenten die als "geheim" angepriesene Lehre gekannt, so fehlt dem Lizenzvertrag die Titelqualität. Der betriebene Schuldner muss derartige Behauptungen im Rechtsöffnungsprozess jedoch glaubhaft machen.

Neben dieser rechtsgewährsähnlichen Pflicht trifft den Lizenzgeber auch eine sachgewährsähnliche mit Bezug auf den lizenzierten Gegenstand. Der Be-

---

45 Sind im Vertrag noch weitere Hauptleistungen des Patentinhabers aufgeführt, z. B. die Uebertragung von beigeordneten Markenlizenzen, die Lieferung von Produktionsmaschinen, Grundstoffen etc. so muss auch deren Erfüllung nachgewiesen sein.

46 Vgl. Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 57.

47 Vgl. allgemein, Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 59-93; Pestalozzi, 67 f.

triebene kann zum Beispiel behaupten, die Serienfabrikation der lizenzierten Erfindung sei nicht möglich, das geheime Verfahren sei funktionsuntüchtig oder die kommerzielle Verwertung des betreffenden Immaterialgutes sei zu kostspielig etc. Für die Rentabilität der Lizenz oder dafür, dass die patentierte Erfindung beziehungsweise die weitergegebene technische Lehre oder das Know-how noch nicht überholt seien, besteht dagegen im allgemeinen keine Gewährleistung[48].

Lizenzverträge sind ausgesprochene Dauerrechtsverhältnisse. Die Erfüllung durch den Lizenzgeber ist deshalb nur eine gehörige, wenn der rechtliche oder faktische Schutz über die ganze Dauer der Vertragsabwicklung aufrechterhalten wird. Man spricht in diesem Zusammenhang von der sogenannten Genusserhaltungspflicht des Lizenzgebers, die erst aufhört mit Ablauf des Vertrages. Die Genusserhaltungspflicht umfasst insbesondere folgende Obliegenheiten[49]:

a) Ein Patentlizenzgeber hat die Pflicht zur Aufrechterhaltung des Patents (z. B. Zahlung der Patentgebühren), zur Verfolgung von Patentverletzungen durch unberechtigte Dritte, zur Verteidigung des Patents gegen Nichtigkeitsklagen etc.

b) Andere Lizenzgeber haben die Pflicht zur Aufrechterhaltung des den Lizenznehmer begünstigenden rechtlichen oder faktischen Vorteils, insbesondere durch Geheimhaltung der lizenzierten technischen Lehre, durch Pflege und Förderung des Ansehens der lizenzierten Marke etc.

c) Sämtliche Lizenzgeber sind verpflichtet, unerlaubte Konkurrenzhandlungen zu unterlassen und ganz allgemein das zwischen den Parteien herrschende besondere Treueverhältnis zu beachten.

Vermag der Lizenznehmer im Rechtsöffnungsprozess die Verletzung derartiger Genusserhaltungspflichten durch den Betreibenden glaubhaft zu machen, so verliert der Vertrag seine Titelqualität; Rechtsöffnung kann dann insoweit nicht gewährt werden, als die Fälligkeit der Lizenzgebühren erst nach der behaupteten Vertragsverletzung eingetreten ist.

---

48 Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 87 und 91.

49 Vgl. Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 94/95.

C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Es ist selbstverständlich, dass Lizenzverträge als Rechtsöffnungstitel nur in Frage kommen können für die Zeit, während welcher sie in Kraft gestanden haben. Ob und wann sie ausser Kraft getreten sind, kann aber auch im Rechtsöffnungsprozess streitig werden.

Die ordentliche Dauer eines Lizenzvertrages ist in den meisten Fällen aus der Vereinbarung selbst ersichtlich. Oft wird von den Parteien darüberhinaus noch eine ausserordentliche Beendigung des Vertrages duchr Kündigung vereinbart, die vielfach vom Vorliegen bestimmter Umstände abhängig gemacht wird (auf der Lizenznehmerseite z.B. vom Ausbleiben der vom Lizenzgeber versprochenen Resultate, technischen Hilfe etc.). Daneben werden in Literatur und Praxis auch gesetzliche Kündigungsgründe anerkannt, wobei der Kündigung aus wichtigem Grund[50] die grösste Bedeutung zukommt[51]. In all diesen Fällen hat der Betriebene nebst der Kündigungserklärung auch das Vorliegen eines Auflösungsgrundes glaubhaft zu machen, will er die Gültigkeit des Vertrages als Rechtsöffnungstitel bestreiten.

Nebst Entkräftung der Forderung durch Glaubhaftmachung der ordentlichen oder ausserordentlichen Beendigung des Lizenzvertrages, stehen dem Betriebenen natürlich noch jene materiellrechtlichen Abwehrmöglichkeiten offen, die im Allgemeinen Teil dieser Arbeit erörtet worden sind. Namentlich die Irrtumsanfechtung spielt bei Lizenzverträgen eine bedeutende Rolle[52].

---

50 Sie wird infolge der engen Verwandtschaft zwischen Lizenz- und Gesellschaftsverträgen ganz allgemein als zulässig anerkannt (Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 114).

51 Als wichtiger Grund ist namentlich jeder Umstand anzusehen, bei dessen Vorliegen der kündigenden Partei die Weiterführung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden darf. Die Praxis der Gerichte mit Bezug auf wichtige Gründe für den Rücktritt vom Dienstvertrag und für die Auflösung einer einfachen Gesellschaft gelten sinngemäss.

52 Vgl. Blum/Pedrazzini, Art. 34 Anm. 66b.

III. Darlehensverträge

A. Begriff

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Uebertragung einer Summe Geldes oder anderer vertretbarer Sachen zu Eigentum, der Borger dagegen zur Rückzahlung oder Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte[53].

Das Darlehen ist im gewöhnlichen Verkehr nur dann verzinslich, wenn Zinsen verabredet sind. Im kaufmännischen Verkehr besteht eine dahingehende gesetzliche Vermutung[54]. Abgrenzungsschwierigkeiten können beim unverzinslichen Darlehen namentlich gegenüber der Schenkung[55] und gegenüber dem Auftrag[56] auftreten; im ersten Fall ist die Rückgabepflicht des Borgers das entscheidende Abgrenzungskriterium, im zweiten dagegen die verschiedenen Interessenlagen der Parteien[57].

Wird die Höhe der Vergütung bei einem entgeltlichen Darlehen nicht im voraus in Form eines festen Zinses genau festgelegt, sondern vom Umsatz oder von der Erzielung allfälliger Gewinne abhängig gemacht, so liegt ein partiarisches Darlehen vor. Bei diesem können Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber der Gesellschaft auftreten[58].

Naturaldarlehen, das heisst Darlehen, bei denen das Eigentum an andern vertretbaren Sachen als Geld übergeben wird, sind in der heutigen Zeit selten geworden; sie spielen im Rahmen dieser Arbeit auch keine Rolle. Die folgenden Erörterungen beschränken sich deshalb ausschliesslich auf verzinsliche und unverzinsliche Gelddarlehen.

---

53 Art. 312 OR.

54 Art. 313 OR.

55 Vgl. BGE 54 II 283; ZR 22 (1923) 368.

56 Vgl. BGE 89 II 410.

57 Beim Darlehensvertrag ist in erster Linie der Darlehensnehmer an der Durchführung des Geschäftes interessiert, beim Auftrag liegt das Hauptinteresse auf Seiten des Auftraggebers.

58 Vgl. BGE 99 II 303; ZR 45 (1946) 64; SJZ 54 (1958) 42.

B. Titelqualität

Der Darlehensvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag. Synallagmatisch ist jedoch allein das entgeltliche Darlehen, bei dem zwei gleichwertige Leistungen (Ueberlassung der Nutzung einerseits und Zinszahlung andrerseits) gegeneinander ausgetauscht werden[59]. Das unentgeltliche "Freundschaftsdarlehen", bei dem eine Leistung hin und eine ihrem Wesen nach gleiche Leistung wieder zurückgegeben wird, stellt nur einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag dar[60]. Entsprechend drängt sich für die Behandlung der Titelqualität von Darlehensverträgen eine Differenzierung auf zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Darlehen. Ferner ist zu unterscheiden zwischen der Rechtsöffnung für die Auszahlung der Darlehensvaluta und der Rechtsöffnung für Zinsen und Rückzahlung.

a) Titelqualität von Verträgen über unverzinsliche Darlehen

1. Für die Auszahlung der Darlehensvaluta an den Borger

Der Darlehensvertrag ist nach schweizerischem Recht ein Konsensualvertrag. Er kommt somit nicht erst durch die Hingabe der Darlehensvaluta rechtsgültig zustande, sondern bereits durch übereinstimmende Willensäusserung der Parteien. Da beim unverzinslichen Darlehen der Natur der Sache nach der Darleiher vorleistungspflichtig ist, stellt ein schriftlich abgeschlossener Darlehensvertrag eine vorbehaltlose Schuldanerkennung zur Hingabe der Darlehensvaluta an den Borger dar[61]. Diese kann auf dem Betreibungsweg vollstreckt werden und Rechtsöffnung ist ohne weiteres zu gewähren[62].

---

59 Von Büren II, 113.

60 Guhl/Merz/Kummer, 374.

61 SJZ 65 (1969) 333; Maximen 1967, 588.

62 Vgl. Becker, Art. 312 N. 11.

2. Für die Rückzahlung der Darlehensvaluta an den Darleiher

Anders verhält es sich, wenn der Darleiher die Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt.

Die Schuldanerkennung des Borgers umfasst bekanntlich lediglich die "Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte"; sie ist mit andern Worten durch den Erhalt des Darlehens suspensiv bedingt. Der Rückzahlung fordernde Gläubiger hat deshalb im Rechtsöffnungsprozess vorerst nachzuweisen, dass er dem Borger eine gleich grosse Menge Geldes als Darlehen übergeben hat, die nunmehr zur Rückzahlung fällig geworden ist. Nur unter dieser Voraussetzung kann Rechtsöffnung erteilt werden[63].

b) Titelqualität von Verträgen über verzinsliche Darlehen

Etwas komplizierter gestalten sich die Verhältnisse bei verzinslichen Darlehen. Im Austauschverhältnis stehen hier allein die Hauptleistungen der Parteien, d. h. die Nutzungsüberlassung an einer Summe Geldes einerseits und die Bezahlung des entsprechenden Entgelts (in Form von Zins oder partiarischer Gewinnbeteiligung) andererseits. Die Hin- und Rückverschiebung der Darlehensvaluta erscheint demgegenüber nicht als synallagmatische Leistung, sondern als blosse Nebenfolge beziehungsweise als Mittel der Vertragsabwicklung[64].

Obwohl in der Aus- und Rückzahlung der Darlehensvaluta nur Nebenleistungen der Parteien zu sehen sind, steht ihrer Vollstreckung auf dem Betreibungswege nichts entgegen, handelt es sich doch auch hier um Geldschulden. Die Schuldanerkennung für die Aus- bzw. Rückzahlung ist jedoch

---

63 Vgl. Becker, Art. 312 N. 19; Hess, 60 f.

64 Die Stellung der Parteien zueinander entspricht weitgehend dem Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter. Hier wie dort handelt es sich lediglich bei der Nutzungsüberlassung und dem Zins um synallagmatische Leistungen, nicht jedoch bei der Hin- und Rückgabe des Nutzungsobjekts.

suspensiv bedingt, auf der Darleiherseite durch das Wirksamwerden der Hauptverpflichtung (Nutzungsüberlassung) und auf der Borgerseite durch den tatsächlichen Erhalt des Geldes. Das Vorliegen der genannten Voraussetzungen ist im Rechtsöffnungsprozess vom jeweiligen Betreibungsgläubiger nachzuweisen.

Mit Bezug auf die Erfüllungsreihenfolge der synallagmatischen Leistungen gilt folgendes: Anders als bei unverzinslichen Darlehen kann beim Austausch der beidseitigen Hauptleistungen (Nutzungsüberlassung und Zins) nicht ohne weiteres eine Vorleistungspflicht des Darleihers angenommen werden. Je nach vertraglicher Vereinbarung kann der Zins nämlich vor, periodisch während, oder nach dem gemachten Gebrauch geschuldet sein. Entsprechend müssen pränumerando zahlbare, periodisch zahlbare (Zug um Zug ähnliche)[65] und postnumerando zahlbare Darlehen unterschieden werden[66], was für die Titelqualität des Darlehensvertrages von erheblicher Bedeutung ist.

1. Für die Auszahlung der Darlehensvaluta an den Borger

Ist der Darleiher mit der Ueberlassung der Nutzung vorleistungspflichtig (wie dies z.B. bei partiarischen Darlehen regelmässig der Fall ist), so wird auch seine Auszahlungspflicht auf den vereinbarten Termin hin rechtswirksam. Der Darlehensvertrag stellt unter diesen Umständen eine unbedingte Schuldanerkennung für die Auszahlung der Darlehenssumme an den Borger dar, die auf dem Wege der Schuldbetreibung ohne weiteres vollstreckt werden kann.

---

65 Vollständig lässt sich ein Zug um Zug Geschäft bei der entgeltlichen Nutzungsüberlassung natürlich nicht durchführen. Innerhalb der einzelnen Zinsperioden muss die eine oder andere Partei immer vorleistungspflichtig sein (Zahlungsweise monatlich im voraus, halbjährlich am Schluss etc.).

66 Am häufigsten ist die Zug um Zug ähnliche Zahlungsweise mit monatlichen oder halbjährlichen Zinsperioden. Aber auch Nachleistungspflicht des Borgers, d.h. Zahlung des gesamten Zinses zusammen mit der Darlehensrückzahlung, oder Vorauszahlung – meist in Form eines Zinsabzuges bei der Aushändigung der Darlehenssumme – kommen in der Praxis vor.

Ist der Darleiher mit der Ueberlassung der Nutzung dagegen nicht vorleistungspflichtig, sind also die Zinsen pränumerando oder Zug um Zug ähnlich zu entrichten, so wird die Pflicht zur Darlehenshingabe erst wirksam, wenn erstellt ist, dass der Borger seine eigenen Leistungspflichten erfüllt hat. Der für die Auszahlung der Darlehensvaluta Betreibende muss deshalb im Rechtsöffnungsprozess beweisen, dass die Zinsen bezahlt sind. Er kann dies relativ einfach dadurch tun, dass er die Darlehensvaluta abzüglich des geschuldeten Zinses einfordert.

2. Für Zinsen und Rückzahlung der Darlehensvaluta an den Darleiher

Zinsen können ohne Nachweis der eigenen Leistung gefordert werden, wenn der Borger vollumfänglich vorleistungspflichtig ist. In allen andern Fällen – insbesondere auch, wenn bei Zug um Zug ähnlicher Leistungspflicht vorauszahlbare Mietzinsen der zweiten oder späterer Zahlungsperioden gefordert werden – muss der Nachweis der eigenen Leistung erbracht sein. Der Darleiher hat im Rechtsöffnungsprozess zu beweisen, dass der Borger die Nutzung an der Darlehenssumme erhalten hat, m. a. W. dass die Darlehensvaluta an ihn ausbezahlt worden ist.

Wird für die Rückgabe der Darlehensvaluta betrieben, so hat der Darleiher ihre vorgängige Uebergabe an den Borger nachzuweisen. Darüber hinaus hat er aber auch die Beendigung des Vertrages darzutun, sei es durch Zeitablauf, Rücktritt nach Gegenseitigkeitsregeln oder Kündigung. Nur unter diesem doppelten Nachweis kann dem Rechtsöffnungsgesuch stattgegeben werden.

C. Einreden i. S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Auf die Möglichkeit, dass Darlehensverträge unter Umständen dem Abzahlungsgesetz unterstehen können, ist bereits hingewiesen worden[67]. Eine all-

67 Vorn, S. 126 ff.

fällige Nichtigkeit des Vertrages unter diesem Gesichtswinkel wäre auch im Rechtsöffnungsprozess zu beachten. Ebenso kann die Glaubhaftmachung einer aus allgemeinen Vertragsgrundsätzen hergeleiteten Nichtigkeit zur Abweisung der Rechtsöffnungsklage führen (Unmöglichkeit, Uebervorteilung, Irrtum etc.).

Neben diesen Einreden, die von beiden Vertragsparteien gleichermassen angerufen werden können, gibt es noch solche, die einseitig zugunsten des Borgers oder Darleihers wirken und die von der betreffenden Partei als materiellrechtliche Einreden im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft gemacht werden müssen:

a) Der Darleiher kann die in Art. 315 OR enthaltene, speziell kurze Verjährungsfrist geltend machen, wenn der Borger seinen Anspruch auf Aushändigung des Darlehens nicht innerhalb von sechs Monaten seit Eintritt des Verzugs in Betreibung gesetzt hat. Des weitern kann der Darleiher die Aushändigung der Darlehensvaluta auf Grund von Art. 316 OR verweigern, wenn der Borger seit Abschluss des Vertrages zahlungsunfähig geworden ist oder eine bereits vorher bestehende Zahlungsunfähigkeit vor dem Gläubiger verheimlicht hat[68].

b) Der Borger kann die Verletzung von Höchstzinsvorschriften geltend machen, die sich aus eidgenössischem oder kantonalem Recht ergeben. Hierbei ist vor allem an die Vorschriften des Obligationenrechts betreffend Sittenwidrigkeit und Uebervorteilung[69], an verschiedene Vorschriften in kantonalen Erlassen[70] sowie an das interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswe-

---

68 Die Spezialnorm von Art. 316 OR erinnert an Art. 83 OR. Sie reicht indessen in doppelter Hinsicht weiter als jene: Die Auszahlung der Darlehensvaluta kann selbst dann verweigert werden, wenn der Borger Sicherheit zu leisten vermöchte, und die Zahlungsunfähigkeit wird berücksichtigt, auch wenn sie bereits vor Vertragsabschluss bestanden hat, dem Darleher jedoch verheimlicht worden ist (Guhl/Merz/Kummer, 378).

69 Art. 20/21 OR; vgl. SJZ 52 (1956) 332; BGE 80 II 327.

70 Vgl. z.B. § 213 des zürcherischen Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch: Höchstzins 1% pro Monat plus 1/2% Verwaltungskosten; vgl. auch ZR 52 (1953) 138; 54 (1955) 152.

sen[71] zu denken. Wird gegen derartige Höchstzinsvorschriften verstossen, so ist das Geschäft nicht vollständig nichtig, sondern es wird der Zins auf das rechtlich zulässige Mass reduziert[72]. Im Rechtsöffnungsprozess muss im weitergehenden Umfange die Rechtsöffnung verweigert werden.

IV. Darlehensähnliche Geschäfte

A. Kleinkreditdarlehen

a) Begriff

Unter einem Kleinkreditdarlehen wird ein verzinsliches Personaldarlehen in relativ bescheidenem Betrag verstanden, das nach vorausfixierten Zahlungsmodalitäten in Raten zurückbezahlt wird und bei dem der Kreditgeber auf die bankmässig üblichen Sicherheiten verzichtet[73]. Der Kleinkreditvertrag umfasst demgegenüber mehr als nur die Auszahlung eines Kleinkreditdarlehens. Er stellt eine Vertragskombination eigener Art dar, die sich aus einer Auftrags-[74] und aus einer Darlehenskomponente (eben dem Kleinkreditdarlehen)[75] zusammensetzt[76].

In rechtsöffnungsrechtlicher Hinsicht wichtig ist vor allem das Kleinkreditdarlehen. Auf dieses beschränken sich die nachfolgenden Erörterungen und auf dieses finden sinngemäss auch die Ausführungen über Rechtsöff-

---

71 Zinsmaximum 1½% pro Monat. Das Konkordat gilt für die Kantone Bern, Zug, Freiburg, Schaffhausen, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf.

72 Vgl. von Büren II, 114, und die daselbst in Fussnote 167 aufgeführten Gerichtsurteile.

73 Strickler, 38.

74 Auftragscharakter weist das Verfahren auf, in dem die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers vor der Auszahlung des Kleinkreditdarlehens überprüft wird.

75 Dabei handelt es sich um einen eigentlichen Darlehensvertrag mit besonderem Rückzahlungsmodus; anstelle einer einmaligen Rückzahlung erfolgt eine solche in Raten.

76 Vgl. Strickler, 45-48.

nungsprobleme im Zusammenhang mit gewöhnlichen Darlehensverträgen Anwendung.

b) Titelqualität

1. Mit Bezug auf die Auszahlung der Darlehensvaluta

Bei Kleinkreditdarlehen wird der Zins in Form eines Pauschalbetrages erhoben, der in gleich viele Einzelraten zerlegt wird, wie Darlehensrückzahlungen zu tätigen sind. Der Borger zahlt den Zins erst, wenn die Darlehensquoten zur Rückzahlung fällig sind; es kann deshalb von einer eigentlichen Vorleistungspflicht des Darleihers gesprochen werden. Die Darlehensvereinbarung stellt unter diesen Umständen einen unbedingten Rechtsöffnungstitel zugunsten des Borgers für die Auszahlung der Darlehenssumme dar[77].

2. Mit Bezug auf Zinsen und Darlehensrückzahlungen

2.1. Allgemeines

Kleinkreditgeschäfte weisen die Eigentümlichkeit auf, dass der Zins durch Parteiwille fest mit der Rückzahlungsquote verbunden ist und mit ihr getilgt wird. Dabei ist die Verknüpfung derart eng, dass Rückzahlungsquote und Zins nur gemeinsam geltend gemacht und nur gemeinsam bezahlt werden können. Verzug des Borgers mit Teilzahlungen bedeutet gleichzeitig Zins- und Rückzahlungsverzug[78]. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine gesonderte rechtsöffnungsrechtliche Behandlung der beiden Obligationen des Borgers.

In der Betreibung für Zinsen und Rückzahlung hat der Darleiher den Eintritt der borgerischen Schuldpflicht nachzuweisen. Hiezu gehören: a) der Beweis der vorgängigen Uebergabe der Darlehensvaluta an den Borger und

---

77 Vgl. vorn, S. 61 ff.

78 Strickler, 63.

b) der Beweis der vollständigen oder partiellen Beendigung des Darlehensvertrages durch Zeitablauf oder Gesamtverfall.

Besonderes Gewicht kommt im Zusammenhang mit der Beendigung des Vertrages der Verzugs- und Rücktrittsregelung nach Gegenseitigkeitsgrundsätzen zu, die in kommerziellen Kleinkreditformularen gewöhnlich in extenso festgelegt ist. Praktisch ausnahmslos sehen dabei die Verträge vor, dass eine Zahlungsverspätung des Borgers automatisch und ohne vorherige Mahnung den Verzug im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR auslöst. Meist werden die Zahlungstermine zudem mit Fixgeschäftscharakter ausgestattet, mit der Massgabe, dass bei Zahlungsverzug der sofortige Rücktritt ohne Fristansetzung möglich ist. Häufig wird noch weiter gegangen und im Sinne einer Resolutivbedingung festgelegt, dass bei Zahlungsrückstand des Borgers mit ein oder zwei Raten der Gesamtverfall eintritt, d.h. die Fälligkeit des ganzen Darlehens samt Zins zur Rückzahlung, ohne dass eine weitere Erklärung seitens des Gläubigers nötig wäre. Gelegentlich wird festgelegt, dass bei nicht automatischem Gesamtverfall dieser durch entsprechende Erklärung des Gläubigers in der Kündigung herbeigeführt werden kann[79].

Die in Art. 226h OR aufgestellten Schutzvorschriften zugunsten des Abzahlungskäufers in Verzug, welche insbesondere für den Gesamtverfall einen qualifizierten Verzug voraussetzen, finden auf Kleinkreditgeschäfte keine Anwendung[80]. Ebensowenig besteht ein dem Art. 226g OR nachgebildetes gesetzliches Recht des Schuldners zum Abzug eines Diskonts bei vorzeitiger Rückzahlung bzw. Gesamtverfall[81]. Die Beachtung von Art. 226g OR kann jedoch – wie noch darzustellen sein wird – von den Gerichten, zumindest bei Gesamtverfall, erzwungen werden[82].

---

79 Vgl. Meyer, 254.

80 Ausnahme: Wenn es sich um ein Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 226m Abs. 3 OR handelt.

81 Der Kreditgeber hat im Gegensatz zum Abzahlungsverkäufer ein Interesse daran, dass die Zahlungsfristen nicht verkürzt werden (vgl. Strickler, 64 f.).

82 Vgl. hinten bei FN 87.

Im folgenden soll zuerst die Titelqualität des Kleinkreditdarlehens bei Aufrechterhaltung des Vertrages betrachtet werden. Danach ist auf die Verhältnisse bei Gesamtverfall einzugehen.

2.2. Titelqualität bei Aufrechterhaltung des Kleinkreditdarlehens

Bei Zahlungsschwierigkeiten des Borgers kann der Darleiher – sofern nicht Gesamtverfall im Sinne einer Resolutivbedingung vereinbart worden ist – gleichwohl nachträgliche Erfüllung verlangen[83]. Die fälligen Raten (Darlehensquoten samt integriertem Zins) sind dann in der ursprünglichen Form geschuldet und vom Verfalltag einer jeden Rate an sind Verzugszinsen zu bezahlen. In diesem Umfange stellt der Vertrag einen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Kleinkreditgebers dar, sofern die allgemeinen Voraussetzungen[84] erfüllt sind.

2.3. Titelqualität bei Gesamtverfall

Tritt Gesamtverfall ein, sei es automatisch durch Erfüllung einer Resolutivbedingung, sei es durch ausdrücklichen Gestaltungsakt, so ist der Umfang der borgerischen Schuldpflicht weniger leicht erfassbar. Darlehensquoten und Darlehenszinsen bedürfen dabei getrennter Betrachtung:

a) Die ausstehenden Darlehensquoten sind nach wie vor geschuldet und können vollumfänglich eingefordert werden; lediglich die Fälligkeit ist vorverlegt. Da es sich um nicht synallagmatische Leistungen handelt ergeben sich im Rechtsöffnungsprozess auch keine Gegenseitigkeitsprobleme. Ab vorverlegtem Datum sind vertragliche oder gesetzliche Verzugszinsen zu zahlen.

---

83 Art. 107 OR.

84 Damit die Schuldanerkennung wirksam wird, hat der Betreibungsgläubiger, wie bereits erwähnt, nachzuweisen, dass a) die Darlehensvaluta dem Borger einstmals übergeben worden ist und b) die betreffenden, in Betreibung gesetzten Raten zur Rückzahlung fällig sind.

b) Komplizierter werden die Verhältnisse mit Bezug auf die ausstehenden Zinsquoten. Es ist nämlich grundsätzlich davon auszugehen, dass die Schuldanerkennung des Borgers für die Zinspauschale die entsprechende Gegenleistung des Darleihers voraussetzt. Nur im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Nutzungsüberlassung sind Darlehenszinsen versprochen worden, und diese Gegenleistung des Darleihers wird bei Gesamtverfall eben gerade nicht mehr erbracht. Das Versprechen des Borgers, die Zinspauschale trotzdem zu bezahlen, kann deshalb nicht als Anerkennung einer gewöhnlichen Zinspflicht betrachtet werden. Vielmehr bekommt die Zahlungspflicht pönalen Charakter; es handelt sich mit anderen Worten um eine Konventionalstrafe für saumselige Vertragserfüllung[85]. Entsprechend kann der Richter den Zins beziehungsweise den Konventionalstrafenbetrag herabsetzen, wenn er übermässig hoch erscheint[86]. Dies ist – und hier kann Art. 226g OR wieder zum Zuge kommen – immer dann der Fall, wenn die Parteien eine für den Borger ungünstigere Regelung getroffen haben, als sie im Gesetz für den Abzahlungskäufer aufgestellt worden ist. Die im Zeitpunkt des Gesamtverfalles ausstehenden Zinsquoten sind deshalb entsprechend der Verkürzung der Vertragsdauer im Sinne von Art. 226g OR zu reduzieren[87].

Folgende Schlüsse lassen sich aus dem oben Dargelegten für den Rechtsöffnungsprozess ziehen:

a) Rechtsöffnung kann – wenn die Wirksamkeit der borgerischen Schuldanerkennung erstellt ist[88] – ohne weiteres erteilt werden für die ausstehenden Darlehensquoten[89] und für hierauf entfallenden Verzugszins seit Gesamtverfall bzw. früher eingetretener Fälligkeit.

b) Rechtsöffnung kann unter den gleichen Voraussetzungen erteilt werden für die ausstehende, jedoch nach Vertrag oder Art. 226g OR einheit-

---

85 Meyer, 255.

86 Art. 163 Abs. 3 OR.

87 Vgl. Meyer, 255 f.

88 Vgl. vorn, FN 84.

89 Ihre Höhe muss gelegentlich aus Darlehensbetrag und Laufzeit errechnet werden, da Kleinkreditverträge eine Aufschlüsselung der Zahlungen in Darlehens- und Zinsquoten oft nicht enthalten.

lich reduzierte Zinspauschale (Konventionalstrafe) samt Verzugszins. Geschuldet ist der Verzugszins ganz für die fälligen Raten vor dem und bis zum Gesamtverfall, reduziert (im Sinne von Art. 226g OR) für die Zeit danach.

c) Rechtsöffnung kann ausserdem erteilt werden für im Vertrag ziffernmässig anerkannte Mahngebühren, Umtriebsentschädigungen etc., soweit diese ausgewiesen oder nicht bestritten sind.

c) Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Die allgemeinen und besonderen Einreden, welche im Abschnitt über gewöhnliche Darlehensverträge behandelt worden sind, können auch bei Betreibungen auf Grund von Kleinkreditdarlehen erhoben werden. Schwierigkeiten können allerdings bei der Frage auftreten, ob durch den Vertrag eidgenössische oder kantonale Zinsmaxima verletzt seien, da Kleinkreditverträge gewöhnlich nur eine Zinspauschale anführen, ohne den massgeblichen Jahreszinsfuss in Prozenten zu nennen. In Zweifelsfällen muss der mittlere Zinsfuss berechnet werden, und zwar nach folgender Formel[90]:

x = Zinsfuss
n = Laufzeit des Darlehens bis zur Fälligkeit der letzten Rate
m = Laufzeit des Darlehens bis zur Fälligkeit der ersten Rate
r = Teilzahlungsrate ohne Zins (Darlehensquote)
z = Zinspauschale

$$x = \frac{2400\,z}{(n+m)\ (n-m+1)r}$$

Meistens gilt: m = ein Monat. In diesem Fall lautet die abgekürzte Formel:

$$x = \frac{2400z}{n(n+1)r}$$

90 Meyer, 254.

Verletzt ein auf diese Weise errechneter mittlerer Zinsfuss die gesetzlichen Maximalansätze, so ist er auf das rechtlich erlaubte Mass herabzusetzen; dann ist die entsprechende Zinspauschale zu bestimmen; hernach sind die zulässigen Zinsquoten zu ermitteln und im weitergehenden Umfange ist Rechtsöffnung zu verweigern.

B. Darlehens-Krediteröffnungsverträge

a) Begriff

Der Krediteröffnungsvertrag (oft auch Kreditzusage oder Kreditvertrag genannt) ist ein typisch bankgeschäftlicher Vertrag, der gesetzlich nicht geregelt ist. In der Praxis wird darunter eine Vereinbarung verstanden, bei der sich ein Kreditgeber (gewöhnlich eine Bank) verpflichtet, einem andern auf dessen Verlangen (Abruf) fortlaufend Kredit zu gewähren, sei es in Form von Barmitteln (Geld-, Kontokorrent- oder Darlehenskredit), sei es durch Verwendung des eigenen Kredits bei Dritten zugunsten des andern (Akzept-, Aval- oder Checkkredit). Demgegenüber verpflichtet sich der Kreditnehmer zur Zahlung einer Vergütung (Zinsen und Provisionen) und zur Ausgleichung des Kontostandes nach Beendigung des Vertrages[91].

Die rechtliche Natur des Krediteröffnungsvertrages ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten[92]; im Rahmen dieser Arbeit genügt seine Einreihung zu den wesentlich zweiseitigen Verträgen[93]. Die ausgeprägte Aehnlichkeit mit dem Darlehen hat dabei zur Folge, dass zahlreiche Vorschriften aus dem Darlehensrecht für Kreditzusagen analog gelten[94,95].

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Darlehen und Krediteröffnungsvertrag liegt im sogenannt revolvierenden Charakter des letzteren. Ein er-

---

91 Guhl/Merz/Kummer, 378; Stauder, 56; Aeschlimann, 22; Oser/Schönenberger, Art. 312 N. 22.

92 Guhl/Merz/Kummer, 378; Stauder, 56-73.

93 Stauder, 114 ff.

94 Guhl/Merz/Kummer, 378.

95 Von den verschiedenen Erscheinungsformen ist der Darlehenskreditvertrag der wichtigste. Auf ihn beschränken sich auch die nachfolgenden Erörterungen.

öffneter Kredit kann nicht nur einmal beansprucht und zurückbezahlt werden, sondern immer wieder bis zum Ablauf der Vertragsdauer, ohne dass jedesmal eine neue Vereinbarung nötig wäre. Im Unterschied zum Darlehen bleibt es dem Kreditnehmer auch frei überlassen, ob er den zugesagten Kredit beanspruchen, ausschöpfen oder aber gar nicht verwenden will; verzichtet er auf Abruf, so schuldet er – unter Vorbehalt anderer Vereinbarung – keine Gegenleistung und kommt dadurch insbesondere nicht in Annahmeverzug[96].

b) Titelqualität

1. Zugunsten des Kreditnehmers für die Auszahlung des Kreditbetrages

Der Krediteröffnungsvertrag stellt grundsätzlich eine Verpflichtung bzw. Schuldanerkennung des Kreditgebers zu Gunsten des Kreditnehmers dar, bis zur Höhe der ausgehandelten Kreditlimite Geldbeträge zur Verfügung zu stellen. Infolge der synallagmatischen Struktur der Vereinbarung, tritt diese Schuldanerkennung jedoch nur in Kraft, wenn der Kreditgeber vorleistungspflichtig ist oder wenn der Kreditnehmer seine eigenen Leistungspflichten (Zins- und Provisionszahlungen) erfüllt hat. Zumindest eine der beiden Voraussetzungen hat der Betreibende im Rechtsöffnungsprozess zu beweisen[97]. Ist die Kreditgewährung vom Stellen von Pfändern abhängig gemacht, so ist vom Kreditnehmer überdies darzutun, dass die Pfänder übergeben bzw. zu Gunsten des Kreditgebers errichtet worden sind.

2. Zugunsten des Kreditgebers für die Zahlung von Zinsen und Provisionen sowie für die Rückzahlung des Kredits

Hauptobligation des Kreditnehmers ist beim Krediteröffnungsvertrag die Pflicht zur Zahlung von Zinsen und Provisionen. Da es sich hierbei um synallagmatische Leistungen handelt, die allein geschuldet sind, wenn der

96 Stauder, 125.

97 In der Praxis wird regelmässig eine Vorleistungspflicht des Kreditgebers vereinbart sein (Stauder, 105).

Kredit tatsächlich benutzt wird, kann Rechtsöffnung nur erteilt werden, wenn es dem Betreibenden gelingt, im Rechtsöffnungsprozess die Inanspruchnahme des Kredites nachzuweisen. Wurde der Zinsbetrag nicht summenmässig festgelegt, sondern – wie dies meist der Fall ist – in Prozenten der benutzten Kreditsumme, so müssen zudem Höhe und Dauer der Kreditbenutzung erstellt sein. Es ist klar, dass eine derartige Beweispflicht im summarischen Rechtsöffnungsprozess nicht leicht zu erfüllen sein wird; Krediteröffnungsverträge stellen deshalb höchst ungeeignete Rechtsöffnungstitel in Zins- und Provisionsbetreibungen dar.

Fordert der Kreditgeber nicht Zinsen und Provisionen, sondern Rückzahlung des Kreditbetrages, so müssen nach der Gerichtspraxis folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit Rechtsöffnung für diese nicht synallagmatische Leistung erteilt werden kann: 1) muss ein Richtigbefund des letzten Kontoauszuges vorliegen, 2) darf der als richtig anerkannte Saldo nicht auf neue Rechnung vorgetragen worden sein und 3) darf kein neues Geschäft seit der Anerkennung des Kontenstandes vorgenommen worden sein[98]. Selbstverständlich muss 4) das Kreditverhältnis auch in rechtsgültiger Weise beendet worden sein, sei es durch Ablauf der Kreditdauer, sei es durch Kündigung[99] oder Widerruf[100].

c) Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Die enge Verwandtschaft zwischen gewöhnlichen Darlehen und Kreditzusagen hat zur Folge, dass die Vorschriften der Art. 314-318 OR auch für Krediteröffnungsverträge gelten. Immerhin findet das in Art. 314 Abs. 3 OR enthaltene Zinseszinsverbot auf bankmässige Darlehens-Kreditgeschäfte keine Anwendung. Auch Art. 315 OR, der den Anspruch des Borgers auf

98 Panchaud/Caprez, § 79, 102 f.

99 Mit sechswöchiger Kündigungsfrist gemäss Art. 318 OR.

100 In der Praxis pflegen sich Banken regelmässig in den allgemeinen Geschäftsbedingungen das Recht einräumen zu lassen, die Krediteröffnung jederzeit und ohne Grundangabe mit sofortiger Wirkung zu widerrufen. Die Zulässigkeit derartiger Klauseln wird im allgemeinen nicht bezweifelt (Guhl/Merz/Kummer, 378).

Auszahlung der Darlehensvaluta auf sechs Monate beschränkt, kann bei Krediteröffnungsverträgen keine Gültigkeit haben; der Anspruch des Kreditnehmers auf Aushändigung der Kreditsumme bleibt während der ganzen Vertragsdauer bestehen, werde der Kredit ausgeschöpft oder nicht.

Der Kreditgeber kann die Aushändigung der Geldmittel verweigern (den Kredit sperren), wenn der Kreditnehmer seit Vertragsabschluss zahlungsunfähig geworden ist oder wenn seine Zahlungsunfähigkeit erst nach Vertragsabschluss bekannt geworden ist[101]. In der Praxis dürften sich Kreditgeber mit der Sperrung des Kredits allerdings kaum begnügen, sondern das Kreditverhältnis als ganzes widerrufen. Der gekündigte, gesperrte oder widerrufene Krediteröffnungsvertrag verliert alsbald für beide Seiten seine Eigenschaft als Rechtsöffnungstitel, wobei diese Wirkung ex nunc eintritt.

101 Art. 316 OR (analog).

§ 9 VERTRAEGE AUF ARBEITSLEISTUNG

I. Arbeitsverträge

A. Begriff

Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeiteinheiten (Zeitlohn) oder nach dem Umfang der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) berechnet wird. Als Einzelarbeitsvertrag gilt auch ein Vertrag, durch den sich der Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit (Teilzeitarbeit) verpflichtet[1]. Mit dem Werkvertrag und dem Auftrag hat der Arbeitsvertrag gemeinsam, dass von einer Partei Arbeit, von der andern dagegen eine Geldleistung erbracht wird. Die Abgrenzung der drei Vertragsarten voneinander kann deshalb mitunter Schwierigkeiten bereiten[2].

Als Rechtsöffnungstitel kann ein Arbeitsvertrag natürlich in erster Linie in Frage kommen zugunsten des Arbeitnehmers, denn nur dieser hat gewöhnlich eine Geldleistung zugut. In zwei Fällen kann ein Arbeitsvertrag indessen auch einen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Arbeitgebers darstellen: bei ungerechtfertigtem Nichtantritt oder Verlassen einer Arbeitsstelle sowie bei Verwirkung einer im Vertrag stipulierten Konventionalstrafe (vorwiegend im Zusammenhang mit einem Konkurrenzverbot). Die drei Möglichkeiten sollen nachfolgend einzeln besprochen werden.

---

1 Art. 319 OR.

2 Vgl. dazu BGE 59 II 263; 98 II 302; Schweingruber, Art. 319 N. 5a und 5b; Becker, Art. 319 N. 11-13; Gautschi, Vorbem. zu Art. 363-379 N. 13 und Art. 394 N. 62b.

B. Rechtsöffnung zugunsten des Arbeitnehmers

a) Titelqualität

1. Nachweis der eigenen Leistung

Bei Arbeitsverträgen ist regelmässig der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig. Er muss deshalb im Rechtsöffnungsprozess nachweisen, dass er in der Lohnperiode, für die betrieben wird, seine Arbeitsleistung erbracht hat beziehungsweise dass er hiezu aus gesetzlichen oder vertraglichen Gründen nicht verpflichtet gewesen ist (Krankheit, Ferien, Militär etc.). Befindet sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug, so genügt bereits das unmissverständliche Angebot der Leistung[3].

2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Die Vorleistung des Arbeitnehmers ist nur dann eine gehörige, wenn die zahlreichen Sorgfalts- und Treuepflichten aus Gesetz und Vertrag erfüllt sind. Hiezu gehört, dass Weisungen und Anordnungen des Arbeitgebers stets befolgt worden sind, es sei denn, ein vom Gesetzgeber anerkannter Verhinderungsgrund hätte von dieser Pflicht entbunden.

Sind Sorgfalts- oder Treueverletzungen glaubhaft gemacht, so verliert der Vertrag seine Eigenschaft als Rechtsöffnungstitel. Dabei ist immerhin zu beachten, dass vom Arbeitgeber nur solche Pflichtverletzungen geltend gemacht werden können, die in die unbezahlte Lohnperiode fallen. Bereits früher bekannte Sorgfalts- und Pflichtwidrigkeiten sind durch die vorbehalt-

---

3 Im Gegensatz zur Miete und zum Kauf ist eine Hinterlegung der immateriellen Arbeitsleistung nicht möglich und auch die Uebergabe eines Erfüllungssurrogates kommt nicht in Frage. Aus grundsätzlichen Erwägungen heraus muss deshalb beim Arbeitsvertrag das Angebot der Leistung als genügender Erfüllungsnachweis betrachtet werden, wäre doch sonst dem Arbeitnehmer bei Annahmeverzug der Gegenseite der Weg über das Rechtsöffnungsverfahren praktisch verschlossen. In der Gerichtspraxis wird denn auch bei Arbeitsverträgen seit langem das Angebot der Leistung als genügender Erfüllungsnachweis betrachtet (vgl. Panchaud/Caprez, § 86, 109, Nr. 1).

lose Auszahlung des Lohnes konkludent genehmigt worden und können später weder im materiellen Prozess noch im Rechtsöffnungsverfahren zur Abweisung der Klage führen[4].

b) Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Beim Arbeitsvertrag bestehen gesetzliche Kündigungsfristen, die zum grössten Teil zwingender Natur sind[5]. Heikle Probleme ergeben sich daher regelmässig im Zusammenhang mit der fristlosen Aufhebung des Vertrages, die nach Art. 337 OR beim Vorliegen "wichtiger Gründe" ausnahmsweise zulässig ist. Betreibt der Entlassene, der den wichtigen Grund nicht anerkennen will, für die vorenthaltene Lohnforderung, so hat der Rechtsöffnungsrichter in vorläufiger Weise über den wichtigen Grund zu befinden. Dabei ist zu beachten, dass eine fristlose Entlassung aus wichtigem Grund rechtlich nicht Rücktritt vom Vertrag darstellt, sondern eine ausserordentliche Kündigung. Es handelt sich mit andern Worten nicht um ein im Synallagma des Vertrages verankertes Recht, sondern um ein einseitiges Gestaltungsrecht; eine Vertragsverletzung durch die Gegenseite ist deshalb nicht unbedingte Voraussetzung für die fristlose Entlassung[6]. Ein Umstand, der ausschliesslich auf Seiten des Kündigenden liegt – sogar wenn selbst verschuldet[7] – kann unter Umständen als wichtiger Grund in Frage kommen. Schadenersatzpflicht des Kündigenden ist in solchen Fällen allerdings die Regel.

Das Obligationenrecht schweigt sich darüber aus, welche Gründe im einzelnen zur Aufhebung des Vertrages berechtigen. Im Sinne einer Generalklausel wird lediglich festgestellt, dass als wichtiger Grund jeder Umstand

---

4 Der Arbeitgeber kann deshalb nicht einwenden, der klagende Arbeitnehmer habe seine Arbeit immer schlampig erledigt oder sei dauernd unpünktlich gewesen. Ist der Lohn trotz derartiger Vorkommnisse anstandslos entrichtet worden, so hat der Arbeitgeber die Arbeitsweise als Erfüllung akzeptiert.

5 Vgl. Art. 334-337 und 361-362 OR.

6 Oser/Schönenberger, Art. 352 N. 7 aOR.

7 Oser/Schönenberger, Art. 352 N. 7 aOR; a.M. Becker, Art. 352 N. 34 aOR.

anzusehen sei, bei dessen Vorliegen dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden dürfe[8]. In diesem Sinne werden als wichtige Gründe anerkannt: grobe Verstösse gegen die Treuepflichten und schwere Missbräuche des Vertrauens[9]; strafbare Handlungen zum Nachteil des Arbeitgebers[10]; Arbeitsverweigerung[11]; grobes Ausseracht lassen der gebotenen Sorgfalt[12]; verbotene Konkurrenzhandlungen[13]; Annahme von "Schmiergeldern"[14] ect. Ungenügend sind dagegen einmalige, kleinere Verfehlungen, wie verspäteter Arbeitsantritt; kurzes, unentschuldigtes Wegbleiben von der Arbeit; geringfügige Unkorrektheiten gegenüber der Kundschaft oder kleinere Unhöflichkeiten gegenüber Vorgesetzten. Wiederholen sich allerdings derartige Ungereimtheiten, so können sie in ihrer Gesamtheit schliesslich doch den Grad eines wichtigen Grundes erreichen[15]. Dies gilt in besonderem Masse nach vorausgegangener Verwarnung[16].

Mit Bezug auf die üblichen Einreden materiellrechtlicher Natur (Irrtum, Täuschung, Drohung etc.) gibt es bei Verträgen über Arbeitsleistungen gewisse Einschränkungen zu beachten. Ein mit Willensmangel behafteter Arbeitsvertragsschluss wird nämlich geheilt, wenn der unter Irrtum, Täuschung oder Drohung kontrahierende Arbeitgeber die Ausführung der Arbeit wissentlich duldet oder gar genehmigt[17]. Er kann sich daher im Rechtsöffnungsprozess auf Willensmängel nur in den seltensten Fällen berufen.

---

8 Art. 337 Abs. 2 OR.

9 Schweingruber, Art. 337 N. 10; Becker, Art. 352 N. 7 ff. aOR; Oser/Schönenberger, Art. 352 N. 17 ff. aOR; vgl. auch Kasuistik bei von Büren II, 172 f.

10 BGE 41 II 112.

11 ZR 51 (1952) 203; 65 (1966) 117.

12 ZR 55 (1956) 350; BJM 1965, 78.

13 Vgl. ZR 50 (1951) 303; 68 (1969) 86; 72 (1973) 129.

14 BGE 92 II 100.

15 Schweingruber, Art. 337 N. 10.

16 Verschiedene Gerichte bezeichnen eine Verwarnung geradezu als Voraussetzung für eine fristlose Entlassung (vgl. BJM 1962, 122).

17 Vgl. Gautschi, Art. 363 N. 18a.

C. Rechtsöffnung zugunsten des Arbeitgebers

a) Für die Entschädigung nach Art. 337d OR

1. Gesetzliche Regelung und rechtsöffnungsrechtliche Voraussetzungen

Tritt ein Arbeitnehmer eine Arbeitsstelle ohne wichtigen Grund nicht an oder verlässt er sie ohne wichtigen Grund fristlos, so hat der Arbeitgeber Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des vereinbarten Monatslohnes entspricht. Darüber hinaus kann er Ersatz weiteren Schadens verlangen, sofern ein solcher entstanden ist. Der Anspruch muss jedoch innert dreissig Tagen seit dem Nichtantritt beziehungsweise Verlassen der Stelle rechtlich eingefordert werden, andernfalls ist er automatisch verwirkt[18]. Welche Bedeutung kommt dieser gesetzlichen Regelung im Rechtsöffnungsprozess zu?

Art. 337d OR erfüllt die Funktionen einer gesetzlichen Konventionalstrafe[19]. Bleibt die Erfüllung durch den Arbeitnehmer aus, so hat der Arbeitgeber seinen Schaden nicht zu beziffern, sondern kann sich mit dem Nachweis der gegnerischen Säumigkeit begnügen. Im Gegensatz zur echten Konventionalstrafe beruhen Zahlungspflicht des Arbeitnehmers und Schadenersatzhöhe jedoch nicht auf vertraglicher Vereinbarung, sondern ergeben sich unmittelbar aus Gesetz. Von einem formalistischen Standpunkt aus könnte deshalb das Vorliegen einer schriftlichen Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG verneint werden. Eine solche Ansicht wäre indessen verfehlt. Art. 337d OR gehört zum Katalog der absolut zwingenden Normen des Arbeitsvertragsrechtes. Die gesetzliche Regelung kann weder wegbedungen noch zu Ungunsten des Arbeitgebers geändert werden[20]. Mit seiner Unterschrift anerkennt der Arbeitnehmer daher die gesetzlichen Folgen eines allfälligen Vertragsbruches und geht in diesem Sinne eine bedingte Schuldanerkennung ein. Jede andere Ansicht wäre kleinlich und widerspräche insbesondere dem Grundsatz, dass Arbeitskonflikte rasch und unkompliziert erledigt werden

---

18 Art. 337d Abs. 1 und 3 OR.

19 BJM 1973, 282; Streiff, Art. 337b-d N. 11; Schweingruber, Art. 337d N. 3.

20 Art. 361 OR.

sollen. Ein Arbeitsvertrag kann daher als Rechtsöffnungstitel für die Entschädigung nach Art. 337d OR in Frage kommen.

Im Rechtsöffnungsprozess hat der Arbeitgeber die Nichterfüllung des Vertrages durch die Gegenseite zu beweisen, d.h. die Säumigkeit des Arbeitnehmers mit dem Stellenantritt oder mit der Fortführung seiner vertraglichen Tätigkeit. Dem Betriebenen liegt es dann ob, das Vorliegen wichtiger Gründe glaubhaft zu machen, die ihn zur Verweigerung der Arbeitsaufnahme bzw. Arbeitsfortsetzung berechtigen[21]. Kommt der Betreibende seiner Beweispflicht nach und vermag der Betriebene einen wichtigen Grund, der ihn zur Arbeitsverweigerung berechtigt, nicht glaubhaft zu machen, so muss grundsätzlich das ganze Monatsviertel als geschuldet betrachtet und in dieser Höhe das Vorliegen eines Rechtsöffnungstitels bejaht werden[22].

2. Die Herabsetzung der Entschädigung durch den Richter als Einrede im Rechtsöffnungsprozess

Aus der Ueberlegung heraus, dass die Entschädigung nach Art. 337d OR nicht zu einer Bereicherung des Arbeitgebers führen soll, hat der Gesetzgeber bestimmt, der Richter dürfe sie herabsetzen, wenn kein oder ein wesentlich geringerer Schaden entstanden ist als der Entschädigung entspricht[23].

---

21 Höhere Anforderungen mit Bezug auf die Beweispflicht des Arbeitgebers stellen die Basler Gerichte. Sie machen für Forderungen nach Art. 337d OR zur Voraussetzung, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Stellenantritt beziehungsweise zum Verbleiben an der Stelle unter Hinweis auf die Schadenersatzfolgen im Unterlassungsfalle aufgefordert hat. Hat dies der Arbeitgeber nicht getan, so wird angenommen, er sei mit der Handlungsweise des Arbeitnehmers einverstanden gewesen und habe auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 337d OR verzichtet (vgl. BJM 1973, 282; 1974, 257). Für eine solche Annahme fehlt jedoch die gesetzliche Grundlage.

22 Für weiteren Schaden des Arbeitgebers fehlt dagegen regelmässig die ziffernmässige Bestimmtheit. Sollten die Parteien diesbezüglich Vereinbarungen getroffen haben, so wären sie als unzulässige Konventionalstrafen zu betrachten, die wegen der zwingenden Natur von Art. 337d OR unbeachtlich und nichtig wären (vgl. BJM 1974, 258; 1976, 330).

23 Art. 337d Abs. 2 OR.

Macht der Betriebene diesbezügliche Behauptungen im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft, so kann der Richter schon im Rechtsöffnungsprozess die Vollstreckung ganz oder zum Teil verweigern, wobei jedoch folgendes zu beachten ist: Die gesetzliche Regelung von Art. 337d OR hat vorwiegend praktische Gründe. Sie soll die oftmals schwierigen und im Bereiche des Arbeitsvertragsrechtes auch eher unsicheren Schadensberechnungen überflüssig machen, um dadurch zu einer zweckmässigen und raschen Liquidation des untragbar gewordenen Arbeitsverhältnisses beizutragen. Dieser Zielsetzung entspricht, dass eine Herabsetzung nur in absolut klaren Fällen erfolgen soll, z. B. wenn offensichtlich kein Schaden entstanden ist oder nur ein äusserst geringer[24]. In Zweifelsfällen sollte an der Entschädigungsregelung des Art. 337d Abs. 1 OR nicht gerüttelt und Rechtsöffnung für das volle Monatsviertel erteilt werden. Der Betriebene hat dann immer noch die Möglichkeit, im Aberkennungsprozess die Voraussetzungen für eine Reduktion zu beweisen.

b) Für ein durch Konventionalstrafe geschütztes Konkurrenzverbot

Arbeitgeber pflegen sich gelegentlich durch Konkurrenzklauseln gegen Konkurrenzgeschäfte früherer Angestellter zu schützen. In den Art. 340 ff. OR sind derartige Absprachen jedoch an strenge Voraussetzungen geknüpft worden: Konkurrenzverbote sind nur verbindlich, wenn der Arbeitnehmer während seiner Anstellungszeit Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers erhalten hat. Des weitern muss die Verwendung derartiger Kenntnisse geeignet sein, den Arbeitgeber erheblich zu schädigen[25]. Konkurrenzverbote fallen dahin, wenn der Arbeitgeber nachweisbar kein erhebliches Interesse an ihrer Einhaltung mehr hat oder wenn das Arbeitsverhältnis aus einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Grund aufgelöst worden ist[26]. Oertlich oder zeitlich übermäs-

---

24 Ein solcher Fall wurde z. B. in BJM 1976, 330, angenommen.

25 Art. 340 Abs. 2 OR; vgl. BGE 91 II 372 ff.

26 Art. 340c OR.

sige Konkurrenzverbote können zudem vom Richter angemessen beschränkt werden[27].

Bei Uebertretung eines gültigen Konkurrenzverbotes schuldet der Verletzer Schadenersatz. Für diesen liegt ein Rechtsöffnungstitel gewöhnlich nicht vor, weil es an der summenmässigen Bestimmtheit mangelt. Anders verhält es sich, wenn das Konkurrenzverbot – wie dies gewöhnlich zutrifft – durch eine Konventionalstrafe gesichert ist. In diesem Fall kann der Arbeitsvertrag als Rechtsöffnungstitel zugunsten des Arbeitgebers in Frage kommen, wie weiter hinten darzustellen sein wird[28].

II. Werkverträge

A. Begriff

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer entsprechenden Vergütung[29]. Darüber, was unter einem "Werk" im Sinne von Art. 363 OR zu verstehen sei, schweigt sich das Gesetz allerdings aus.

In langjähriger Rechtsprechung hat das Bundesgericht – der damaligen Lehrmeinung folgend[30] – neben körperlichen Werken auch solche geistiger Natur anerkannt und deshalb z. B. Verträge über die Herstellung von Skizzen und Bauplänen eines Architekten[31], Verträge über tänzerische Darbietungen[32], Verträge auf Abfassung von Filmmanuskripten[33], Sportveranstaltungsverträge[34], Vorstellungsbesuchsverträge[35] etc. den Bestimmungen über den Werkvertrag unterstellt. Mit BGE 98 II 305 hat das Bundesgericht – einer

---

27 Art. 340a OR; BGE 96 II 142.

28 Vgl. hinten, S. 224 ff.

29 Art. 363 OR.

30 Vgl. Becker, Art. 363 N. 4ff.; Oser/Schönenberger, Art. 363 N. 1ff.

31 BGE 63 II 176; 64 II 10.

32 SJZ 62 (1966) 329.

33 ZR 63 (1964) 329ff.

34 ZR 56 (1957) 201; SJZ 48 (1952) 365.

35 BGE 70 II 218; 80 II 34; ZBJV 92 (1956) 81.

neueren Lehre Gautschis[36] folgend – seine diesbezügliche Praxis jedoch geändert. Als Werke im Sinne von Art. 363 OR werden seither nur noch stoffliche Arbeitsprodukte anerkannt, d. h. solche, die durch Erschaffung oder Veränderung körperlicher Gegenstände herbeigeführt worden sind. Begründet wurde diese Praxisänderung damit, dass nur auf stoffliche Sachen die Gewährspflicht nach Art. 365 und 367 OR zur Anwendung gelangen könne, während für immaterielle Leistungen eine Gewährspflicht nicht bestehe; derartige Leistungen seien darum dem Auftragsrecht zu unterstellen. BGE 98 II 305 ist nicht ohne Kritik geblieben[37], und es bleibt abzuwarten, ob sich der darin entwickelte, enge Werkbegriff in der Praxis wird durchsetzen können oder nicht.

Neben der Abgrenzung Werkvertrag/Auftrag, welche weitgehend von der Definition des Werkbegriffes abhängig ist, kann unter Umständen auch die Abgrenzung Werkvertrag/Kauf Schwierigkeiten bereiten. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Tätigwerdende nicht nur Arbeit verrichtet, sondern auch das Material dazu liefert. Zu fragen ist dann, ob der Stoff oder die Arbeitsleistung die Hauptverpflichtung darstelle. Im ersten Fall liegt Kauf vor, im zweiten dagegen Werkvertrag[38].

B. Titelqualität

a) Nachweis der eigenen Leistung

Ein Unternehmer im Werkvertrag hat, genau genommen, zwei Verpflichtungen: In einer ersten Phase muss er das Werk gemäss den Weisungen des Bestellers anfertigen, danach hat er es zu übergeben bzw. abzuliefern[39]. Die Vergütung ist je nach Vereinbarung vorgängig, Zug um Zug

---

36 Gautschi, Vorbem. zu Art. 363-379 N. 5 und Art. 394 N. 43a, 43b und 63.

37 Vgl. SJZ 69 (1973) 301 ff.; Gauch, 24 ff.

38 Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 363 N. 20; Guhl/Merz/Kummer, 419.

39 Oser/Schönenberger, Art. 363 N. 22.

oder postnumerando zu entrichten. Dispositiv gilt die Regelung von Art. 372 OR, wonach der Unternehmer mit Bezug auf die Herstellung des Werkes vorleistungspflichtig ist, während die Uebergabe Zug um Zug gegen Bezahlung erfolgt.

Bei Leistungspflicht Zug um Zug oder bei eigener Vorleistungspflicht hat der für den Werklohn betreibende Unternehmer im Rechtsöffnungsprozess die Erbringung seiner vertraglichen Leistung zu beweisen. Hiezu gehören der Beweis der Uebergabe oder Ablieferung des Werks an den Besteller oder – wenn der Vertrag es so vorsieht – lediglich der Beweis der partiellen oder vollständigen Herstellung (ohne Uebergabe)[40]. Anstelle dieses Nachweises kann der Unternehmer auch den Beweis dafür erbringen, dass der Besteller mit der Annahme des Werkes in Verzug gekommen ist und dass der Vertragsgegenstand nach Eintritt des Verzuges durch Zufall untergegangen ist. Nach dispositiver Regelung des Art. 376 Abs. 1 OR schuldet nämlich der Besteller auch in diesem Fall den vollen Lohn, sodass Rechtsöffnung erteilt werden kann.

Muss Uebergabe beziehungsweise Ablieferung des Werkes im Rechtsöffnungsprozess nachgewiesen werden, so genügt bei beweglichen Gegenständen der Beweis des Besitzes oder Besitzübergangs im Sinne der Art. 922-924 ZGB. Immerhin muss es sich dabei um ein erkennbar fertiggestelltes Arbeitsprodukt handeln, da nur ein solches als "Werk" im Sinne von Art. 363 OR betrachtet werden kann[41].

Wie beim Kauf kann auch beim Vertrag über die Herstellung beweglicher Sachen anstelle der Uebergabe die Hinterlegung zugunsten des Bestellers treten; blosse Verbaloblation genügt dagegen nicht[42]. Nur auf diese Weise kann erreicht werden, dass der materiellrechtliche Austauschcharakter der Schuld auch im Betreibungsprozess beachtet wird.

---

40 So wird z. B. im Bauwesen oft Zahlung des Werklohnes nach Massgabe des Baufortschrittes vereinbart. In diesem Fall hat der Unternehmer die im Vertrag aufgeführten Leistungen nachzuweisen.

41 Gautschi, Art. 367 N. 9.

42 Vgl. vorn, S. 56/57.

b) Absenz von Erfüllungsmängeln

Die im Werkvertrag enthaltene Schuldanerkennung wird erst wirksam, wenn die vorgängig oder Zug um Zug erbrachte Gegenleistung frei von Mängeln ist. Dabei stellt das Gesetz – ähnlich wie beim Kaufvertrag – strenge Prüfungs- und Rügepflichten zulasten des Bestellers auf[43]. Versäumt dieser die rechtzeitige Prüfung des Werkes oder die erforderliche Rüge, so kann er sich auf Schlechterfüllung nicht mehr berufen; die bestellte und erhaltene Sache gilt dann als genehmigt.

Im Rechtsöffnungsprozess ist die Glaubhaftmachung einer substantiierten Mängelrüge von entscheidender Wichtigkeit. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung hängt es allein vom Gelingen oder Misslingen der Glaubhaftmachung einer substantiierten Rüge ab, ob Rechtsöffnung erteilt werden darf oder nicht; keine Rolle spielt es dagegen, ob die behaupteten Mängel effektiv vorhanden sind[44].

C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Wie alle Verträge über Arbeitsleistungen sind auch Werkverträge einseitig auflösbar. Der Besteller kann – solange das Werk unvollendet ist – gegen Vergütung der bereits geleisteten Dienste und gegen Schadloshaltung des Unternehmers einseitig vom Vertrag zurücktreten. Dabei handelt es sich um ein jederzeitiges, willkürliches und unbefristetes Gestaltungsrecht (sogenanntes Abberufungsrecht), welches keinerlei Begründung bedarf[45]. Erklärt der Besteller die Auflösung, so ist der Vertrag beendet und kann als Rechtsöffnungstitel fortan nicht mehr in Frage kommen. Einzig für den Fall, dass eine Konventionalstrafe vereinbart worden ist, stellt der Vertrag unter den weiter hinten zu besprechenden Voraussetzungen[46] einen Rechtsöffnungstitel dar.

---

43 Art. 367 OR.

44 Vgl. vorn, S. 60/61.

45 Gautschi, Art. 377 N. 8.

46 Vgl. hinten, S. 224 ff.

Abbestellung ist im Rechtsöffnungsprozess vom Betriebenen als Einrede im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen, wozu die Darlegung einer unmissverständlichen, unbedingten und unwiderruflichen Auflösungserklärung gehört. Ein vertraglich vereinbarter Ausschluss des Abberufungsrechtes ist unbeachtlich, da die Auflösbarkeit des Werkvertrages zwingendes Recht darstellt, welches nicht durch Parteiabrede aufgehoben oder beschränkt werden kann; der Unternehmer hat kein Recht auf Werkausführung[47].

Für die Berufung auf Irrtum, Täuschung, Drohung etc. gelten die bei Arbeitsverträgen allgemein gültigen Einschränkungen. Ein Willensmangel wird geheilt, wenn die Ausführung des Werkes trotz Kenntnis des Mangels wissentlich geduldet oder gar genehmigt wird. Der Besteller kann sich in diesem Fall auch im Rechtsöffnungsprozess nicht auf Willensmängel berufen[48].

III. Verlagsverträge

A. Begriff

Durch den Verlagsvertrag verpflichtet sich der Urheber eines literarischen oder künstlerischen Werkes oder sein Rechtsnachfolger (Verlaggeber), das Werk einem Verleger zum Zwecke der Herausgabe zu überlassen, während dieser verspricht, es zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen[49].

Ist der Verleger zur Herausgabe nicht verpflichtet, sondern erwirbt er das Immaterialgut mit der gesamten urheberrechtlichen Stellung des Schöpfers, so liegt kein Verlagsvertrag vor, sondern ein Arbeitsvertrag, Auftrag oder Kauf, je nach der Art der in Frage stehenden Vereinbarung. In den drei letztgenannten Fällen kann ein Verleger über das Werk frei verfügen. Er kann es herausgeben, abändern, kürzen oder auch gar nicht vertreiben, ganz wie es ihm beliebt[50].

---

47 Gautschi, Art. 377 N. 10.

48 Vgl. vorn, S. 170.

49 Art. 380 OR.

50 Vgl. Stämpfli, 5 ff.

Beim Verlagsvertrag dagegen sind seine Befugnisse beschränkt. Der Urheber überträgt nur die Verlagsrechte auf den Vertragspartner und dies nur insoweit und für so lange, als zur Durchführung des Vertrages notwendig ist[51]. Der Verleger ist deshalb verpflichtet, das Werk ohne Kürzungen, Zusätze und Abänderungen zu veröffentlichen, und zwar in angemessener Ausstattung[52]. Er muss alles unterlassen, was Vertrieb und Absatz des Immaterialgutes erschweren könnte.

Ein Honorar an den Verlaggeber gehört nicht zu den Essentialia eines Verlagsvertrages[53]. Ist ein solches jedoch vereinbart, so kann ein schriftlicher Verlagsvertrag grundsätzlich als Rechtsöffnungstitel in Frage kommen. Die nachfolgend zu behandelnden Voraussetzungen müssen dabei erfüllt sein.

B. Titelqualität

Das Honorar kann je nach Abrede pränumerando (Vorschuss), Zug um Zug oder nachträglich geschuldet sein. Dispositiv gilt Art. 389 OR, wonach das Honorar erst fällig wird, wenn das Werk gedruckt und zur Ausgabe bereit ist (d.h. nicht schon mit der Uebergabe). Wird das Honorar vom Absatz abhängig gemacht (Tantièmen), so ist die Zahlungspflicht noch weiter hinausgeschoben; sie tritt dann erst im Zeitpunkt der vereinbarten oder übungsgemässen Umsatzabrechnung ein[54].

a) Nachweis der eigenen Leistung

Die Abhängigkeit der Fälligkeit des Honorars von der Drucklegung oder Abrechnung hat zur Folge, dass bei der gesetzlichen Regelung von einer

---

51 Art. 381 Abs. 1 OR.

52 Art. 384 OR.

53 Oser/Schönenberger, Art. 388 N. 1.

54 Oser/Schönenberger, Art. 389 N. 3.

eigentlichen Vorleistungspflicht des Verlaggebers gesprochen werden muss. Im Rechtsöffnungsprozess ist daher erforderlich, dass der Verlaggeber die Uebergabe und Drucklegung, respektive die Bereitschaft des Druckerzeugnisses zum Vertrieb, nachweist oder eine Abrechnung[55] des Verlegers über den erzielten Umsatz vorlegt. Lediglich wenn das Werk nach seiner Ablieferung an den Verleger durch Zufall untergegangen ist, genügt der Nachweis der Uebergabe allein; von diesem Zeitpunkt an trägt der Verleger die Gefahr, sodass das Honorar bezahlt werden muss, auch wenn das Werk nicht mehr gedruckt und herausgegeben werden kann[56].

b) Absenz von Erfüllungsmängeln

Der Verlaggeber hat gegenüber dem Verleger dafür einzustehen, dass er zur Verlagsgabe berechtigt gewesen ist und wenn das Werk schutzfähig ist, dass er das Urheberrecht daran hatte. Ist das Werk bereits früher ganz oder teilweise veröffentlicht oder von Dritten verlegt worden, so hat er dem Verleger von diesem Umstand Kenntnis zu geben[57]. Die Verletzung solcher Pflichten bedeutet Schlechterfüllung und die Glaubhaftmachung derartiger Mängel im Rechtsöffnungsprozess vermag dem Verlagsvertrag seine Titelqualität zu nehmen. Es spielt dabei keine Rolle, ob dem Verlaggeber die Drittrechte beziehungsweise die früheren Veröffentlichungen bekannt gewesen sind oder nicht[58].

Während der Abwicklung eines Verlagsvertrages treffen den Verlaggeber hinsichtlich der weiteren Verbreitung des Werks bestimmte Unterlassungspflichten. Insbesondere darf er, solange die dem Verleger zugestandenen Auflagen nicht vergriffen sind, weder über das Werk als ganzes, noch über

---

55 Die Abrechnung des Verlegers kann unter Umständen eine selbständige Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG enthalten. In diesem Fall muss das Rechtsöffnungsbegehren nicht auf den Verlagsvertrag gestützt werden und dieser kann sogar mündlich abgeschlossen worden sein (Hess, S. 67).

56 Art. 390 OR.

57 Art. 381 Abs. 2 und 3 OR.

58 Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 381 N. 13.

dessen einzelne Teile zum Nachteil des Verlegers verfügen[59]. Eine Ausnahme von dieser Regel bilden Zeitungsartikel und kleinere Zeitschriftenaufsätze, die vom Verlaggeber weiterhin frei veröffentlicht werden dürfen. Beiträge an Sammelwerke oder grössere Artikel in Zeitschriften dürfen von ihm dagegen erst drei Monate nach vollständigem Erscheinen des verlegten Werkes publiziert werden[60]. Beeinträchtigt der Urheber durch weitergehende Verfügungen über das Werk die Rechte des Verlegers, so kann sich dieser zivil- und strafrechtlich zur Wehr setzen[61]; im Rechtsöffnungsprozess fällt insbesondere die Titelqualität des Vertrages dahin, wenn derartige Pflichtverletzungen des Betreibenden glaubhaft gemacht sind.

C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Das Obligationenrecht stellt in den Artikeln 390-393 einige besondere Beendigungsgründe für Verlagsverträge auf, die durch vertragliche und aussergesetzliche Beendigungsgründe – in der Praxis wird z.B. ein Kündigungsrecht aus "wichtigen Gründen" anerkannt[62] – ergänzt werden.

Macht der für Honorarforderungen betriebene Verleger im Rechtsöffnungsprozess die Aufhebung des Vertrages glaubhaft, so kann Rechtsöffnung für die Zeit nach der Kündigung nicht mehr erteilt werden. Für allfällige Schadenersatzansprüche wegen schuldhafter Vertragsauflösung muss der ordentliche Prozessweg beschritten werden, da es im Verlagsvertrag an einer diesbezüglichen Schuldanerkennung fehlt[63].

---

59 Art. 382 Abs. 1 OR.

60 Art. 382 Abs. 2 und 3 OR.

61 Dabei stehen ihm insbesondere auch die in Art. 42 ff. URG aufgeführten Rechtsbehelfe zur Verfügung (Oser/Schönenberger, Art. 381 N. 5).

62 Oser/Schönenberger, Art. 390 N. 1; Becker, Art. 390 N. 2.

63 Es sei denn, es wäre eine Konventionalstrafe vereinbart worden, für die unter Umständen Rechtsöffnung erteilt werden kann (vgl. hinten, S. 224 ff.

IV. Aufträge

A. Begriff

Beim einfachen Auftrag (Mandat) verpflichtet sich der Beauftragte (Mandatar) zur vertraglichen Uebernahme von Geschäftsbesorgungen oder Dienstleistungen im Interesse und nach dem Willen des Auftraggebers (Mandant)[64]. Im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht, aber auch zum deutschen, ist das Mandat nach schweizerischer Rechtsauffassung nicht notwendigerweise ein unentgeltliches Geschäft. Eine Vergütung ist jedoch nur geschuldet, wenn sie verabredet oder üblich ist. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist vor allem der entgeltliche Auftrag wichtig, da er allein ein synallagmatischer Vertrag darstellt[65]; die nachfolgenden Erörterungen beziehen sich ausschliesslich auf entgeltliche Mandate.

Abgrenzungsprobleme gegenüber Arbeits- und Werkverträgen sind bereits angetönt worden[66]. Von Gesellschaftsverhältnissen unterscheiden sich Aufträge dadurch, dass die Parteien in einem Interessengegensatz stehen und Rechte nicht gemeinsam erwerben[67]. Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber dem Kauf – bei einer Kombination Dienst-/Sachleistung – werden dadurch gelöst, dass nach der Hauptleistung des Tätigwerdenden gefragt wird: Erscheint die Sachleistung als das entscheidende, so handelt es sich um Kauf[68]; ist die Sachleistung jedoch nur Mittel zur Erfüllung einer Dienstleistung, so liegt Auftrag vor[69]. Auftragsrecht ist, sodann, anwendbar auf alle Verträge über Arbeitsleistungen, die keiner besonderen Vertragsart des Obligationenrechtes angehören[70].

---

64 Guhl/Merz/Kummer, 430.

65 Der unentgeltliche Auftrag stellt ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag dar.

66 Vgl. vorn, S. 167 und 174 f.

67 Vgl. Gautschi, Art. 394 N. 60.

68 Beispiel: Lieferung eines Fernsehapparates mit Hausinstallation und Senderabstimmung.

69 Beispiel: "Kauf" von Devisen durch eine Bank ist Auftrag (Becker, Art. 394 N. 10).

70 Art. 394 Abs. 2 OR.

B. Rechtsöffnung zugunsten des Beauftragten

a) Für das Honorar

1. Titelqualität

1.1. Nachweis der eigenen Leistung

Beim entgeltlichen Auftrag stehen in synallagmatischem Austauschverhältnis die Geschäftsbesorgung einerseits und die Honorarzahlung anderseits. Die Fälligkeit der beiden Leistungen richtet sich in erster Linie nach Vertrag; im Zweifel ist das Honorar im Anschluss an die korrekte Durchführung des Auftrages geschuldet[71]. Ist Vorauszahlung oder Zahlung eines Vorschusses vereinbart oder üblich, so stellt ein schriftlicher Auftrag diesbezüglich eine bedingungslose Schuldanerkennung dar. In allen übrigen Fällen muss der Beauftragte im Rechtsöffnungsprozess die Erfüllung seiner im Vertrag angeführten Pflichten beweisen[72].

Im Gegensatz zu Schuldnern aus Sachlieferungsverträgen kann sich ein Dienstleistungsschuldner nicht durch Hinterlegung seiner immateriellen Eigenleistung befreien. Bei Arbeitsverträgen, zu denen auch der Auftrag gehört, muss deshalb ausnahmsweise bereits der Beweis des Angebots der Eigenleistung als Voraussetzung für die Rechtsöffnung genügen[73].

1.2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Der Beauftragte haftet für sorgfältige und getreuliche Ausführung seines Auftrages. Für den Erfolg seiner Bemühungen hat er dagegen nicht einzustehen und das Honorar ist geschuldet, gleichgültig, ob sich das gewünschte Resultat beim Auftraggeber einstellt oder nicht[74]. Sorgfältige Ausfüh-

---

71 Becker, Art. 395 N. 21; Oser/Schönenberger, Art. 395 N. 18.

72 Hess, 68; Panchaud/Caprez, § 88, 110, Nr. 1. Angesichts der Vielfalt möglicher Pflichten muss auf eine Aufzählung im einzelnen verzichtet werden.

73 Vgl. vorn, FN 3.

74 Becker, Art. 398 N. 1.

rung schliesst die Anwendung der gebotenen Sorgfalt in sich und das Gesetz spricht in diesem Zusammenhang von der gleichen Sorgfaltspflicht, die einem Arbeitnehmer im Dienstvertrag obliegt[75]. Das Mass der Sorgfalt richtet sich nach der Art und Bedeutung des Auftrages sowie nach der Bildung und Berufserfahrung des Mandatars; vom Spezialisten kann mehr erwartet werden als von der einfachen Hilfskraft[76].

Aehnliches gilt mit Bezug auf die Treuepflicht. Leitend müssen bei der Durchführung des Auftrages die Interessen des Auftraggebers sein. Verboten sind gewöhnlich Selbstkontrahieren des Beauftragten, Doppelvertretung, Drittbegünstigung etc.[77].

Gelingt es dem Auftraggeber, im Rechtsöffnungsprozess die Verletzung derartiger Sorgfalts- und Treuepflichten glaubhaft zu machen, so verliert der Vertrag seine Titelqualität und Rechtsöffnung muss verweigert werden.

2. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Zu den wichtigsten Einreden aus Auftragsrecht gehört die Geltendmachung eines Widerrufs. Und da das freie Widerrufsrecht nach überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung ein strukturelles Merkmal des Mandates ist, kann es durch Parteiabrede weder abgeändert noch beschränkt werden; Widerrufsverbote, wie sie in vorgedruckten Vertragsformularen etwa anzutreffen sind, haben keinerlei rechtliche Bedeutung[78]. Macht der

---

75 Art. 398 OR.

76 Vgl. Gautschi, Art. 398 N. 21-38; Becker, Art. 398 N. 1-6; Oser/Schönenberger, Art. 398 N. 1-2.

77 Vgl. Gautschi, Art. 398 N. 1-20; Becker, Art. 398 N. 7-11; Oser/Schönenberger, Art. 398 N. 3-5.

78 Vgl. BGE 57 II 190; 59 II 261; 94 II 172; 95 I 25; 98 II 307; Gautschi, Art. 395 N. 23 und Art. 404 N. 10a-e; Oser/Schönenberger, Art. 404 N. 2-3; Becker, Art. 404 N. 8; Guhl/Merz/Kummer, 436. Gegen das freie Widerrufsrecht - zumindest teilweise - von Büren II, 140 ff.; vgl. auch ZBJV 91 (1955) 475 ff.

Betriebene im Rechtsöffnungsprozess den Widerruf des Auftrags glaubhaft, so verliert der Vertrag für die Zeit danach seine Eigenschaft als Rechtsöffnungstitel. Rechtsöffnung kann immerhin erteilt werden für Honorare, die vor dem Widerruf fällig geworden sind, denn im Gegensatz zum Rücktritt (Art. 107 OR), der ex tunc wirkt, zeitigt ein Widerruf (Art. 404 OR) Wirkungen lediglich ex nunc[79].

Gemäss Art. 404 Abs 2 OR ist der den Vertrag widerrufende Teil zum Ersatz des dem andern verursachten Schadens verpflichtet, wenn der Widerruf zur Unzeit erfolgt ist, und im Extremfall kann die Schadenersatzpflicht die Höhe des vollen Honorars erreichen. Gleichwohl darf für Schadenersatz Rechtsöffnung nicht erteilt werden, weil eine diesbezügliche Schuldanerkennung im Auftrag fehlt. Für Schadenersatz ist der ordentliche Prozessweg zu beschreiten[80].

b) Für Ersatz von Auslagen und Verwendungen

Gemäss Art. 402 OR ist der Auftraggeber verpflichtet, dem Mandanten die Auslagen und Verwendungen zu ersetzen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat. Indes stellt diese Pflicht keine synallagmatische Gegenleistung zur Tätigkeit des Beauftragten dar, sondern es handelt sich um eine blosse Nebenfolge aus den anlässlich der Vertragsabwicklung gemachten Aufwendungen[81]. Bei der Rechtsöffnung für Auslagenersatz sind deshalb andere Voraussetzungen zu beachten als bei jener für das (synallagmatische) Honorar. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass die Eigenleistung des Beauftragten vollständig und mängelfrei erbracht worden ist, sofern nur die folgenden zwei Bedingungen im Sinne von Art. 402 Abs. 2 OR erfüllt sind: 1) die Auslagen und Verwendungen müssen vom Mandanten tatsächlich gemacht worden sein und sie müssen 2) zur richtigen Ausführung des Auftrages gehört haben.

---

79 Gautschi, Art. 404 N. 9a.

80 Ausnahme: wenn eine Konventionalstrafe vereinbart worden ist (vgl. hinten, S. 224 ff).

81 Von Tuhr/Peter, 149 f.

Der Beauftragte, der für Auslagenersatz betreiben will, hat im Rechtsöffnungsprozess das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu beweisen, nebst einer summenmässigen Anerkennung der Auslagenhöhe durch den Auftraggeber. Fehlen diesbezügliche Beweise, so muss Rechtsöffnung für Auslagen- und Verwendungsersatz verweigert werden.

C. Rechtsöffnung zugunsten des Auftraggebers

Besteht der Zweck des Auftrages ausschliesslich oder unter anderem in der Einkassierung von Geld oder kommen dem Beauftragten aus andern Gründen Geldbeträge für Rechnung des Auftraggebers zu, so kann der Vertrag auch einen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Auftraggebers darstellen. Der Beauftragte ist nämlich gesetzlich verpflichtet, alles, was ihm infolge der Auftragsausführung zukommt, zu erstatten[82].

Bei dieser Ablieferungspflicht handelt es sich wiederum nicht um eine Austauschschuld, sondern um eine blosse Nebenpflicht des Tätigwerdenden, die entsteht, sobald Geldbeträge tatsächlich einkassiert worden sind. Der Betreibungsgläubiger braucht deshalb die Erfüllung seiner eigenen Leistungspflicht im Rechtsöffnungsprozess nicht zu beweisen. Im Sinne einer Bedingung für das Wirksamwerden der gegnerischen Schuldanerkennung hat er jedoch darzutun, dass dem Beauftragten tatsächlich Geldbeträge für Rechnung des Auftraggebers zugeflossen sind. Soll den Anforderungen des Art. 82 SchKG sodann Genüge getan sein, so muss sich auch die Höhe der Ablieferungspflicht aus dem schriftlichen Auftrag ergeben, weil sonst die Schuldanerkennung nicht hinreichend bestimmt wäre.

Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte verpflichtet, auf Verlangen des Auftraggebers jederzeit Rechenschaft über seine Geschäftsführung abzulegen. Geschieht dies in Form einer schriftlichen Abrechnung, so kann auch diese als Schuldanerkennung in Frage kommen. Auf alle Fälle steht dem Beauftragten jedoch das Recht zu, eventuelle Gegenansprüche mit den-

82 Art. 400 OR.

jenigen des Auftraggebers zu verrechnen und durch Glaubhaftmachung seiner Verrechnungseinrede die vorgewiesene Schuldanerkennung zu entkräften[83].

V. Besondere Dienstleistungsverträge

A. Hinterlegungsverträge

a) Begriff

Beim gewöhnlichen Hinterlegungsvertrag verpflichtet sich der Aufbewahrer zur Entgegennahme und zur sicheren Aufbewahrung einer beweglichen Sache, die ihm der Hinterleger anvertraut[84]. Das Geschäft ist im Zweifel unentgeltlich (unvollkommen zweiseitig), doch kann im Rahmen dieser Arbeit lediglich die entgeltliche (synallagmatische) Variante des Hinterlegungsvertrages interessieren, bei welcher sich der Hinterleger zu einer Gegenleistung in Form einer Vergütung (oft Hinterlegungsgebühr genannt) verpflichtet.

Ein wesentliches Merkmal des Hinterlegungsvertrages ist die Tatsache, dass die Aufbewahrung allein oder doch vorwiegend im Interesse des Hinterlegers geschieht; er möchte das Gut an einem sicheren Orte wissen. Hat der Aufbewahrer ein ausschliessliches oder doch erhebliches Interesse am Besitz der Sache, so liegt Miete, Pfandrecht oder Darlehen vor, allenfalls auch ein gemischter Vertrag, nicht aber Hinterlegung[85].

Einen Hinterlegungsvertrag eigener Art stellt das sogenannte depositum irregulare dar, bei dem Geld mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Abrede hinterlegt wird, dass der Aufbewahrer nicht dieselben Stücke, sondern nur einen gleichen Betrag zurückzugeben habe[86]. In diesem Fall

---

83 Hess, 69.

84 Art. 472 OR.

85 Guhl/Merz/Kummer, 482.

86 Artikel 481 OR stellt eine dahingehende Vermutung auf, wenn eine Geldsumme unversiegelt und unverschlossen übergeben wird.

erhält der Verwahrer Eigentum am Geld und es gehen für die Dauer des Vertrages auch Nutzen und Gefahr auf ihn über. Die Möglichkeit der Nutzung erlaubt es ihm, sich mit einer geringen oder gar keiner Vergütung zufrieden zu geben oder – atypischerweise – sogar noch einen Zins, den sogenannten Depotzins, zu zahlen.

Das depositum irregulare nähert sich somit stark dem Darlehen. Von diesem unterscheidet zwar die Interessenlage – der Geldgeber ist beim irregulären Depot nach wie vor in erster Linie an sicherer Aufbewahrung interessiert und nicht wie beim Darlehen an Geldanlage – die Abgrenzung kann jedoch oft Schwierigkeiten bereiten[87].

b) Rechtsöffnung zu Gunsten des Aufbewahrers für Vergütung und Auslagenersatz

Ein schriftlich abgefasster Hinterlegungsvertrag enthält Schuldanerkennungen des Hinterlegers mit Bezug auf a) die vereinbarte Vergütung und b) eventuellen Auslagenersatz[88]. Synallagmatischen Charakter weist jedoch allein die Vergütung auf, während sich der Auslagenersatz als zufällige Nebenfolge aus den anlässlich des Vertrages gemachten Aufwendungen ergibt[89]. Die Voraussetzungen für die Rechtsöffnung sind deshalb für jede der beiden Arten von Schuldbekenntnissen gesondert zu betrachten:

Rechtsöffnung für die Vergütung kann gewährt werden, wenn sie ziffernmässig bestimmt ist und wenn die Titelqualität des Vertrages erstellt ist. In diesem Sinne muss der Betreibende nachweisen, dass er seine eigene Leistung – die sichere Aufbewahrung der Sache – tatsächlich erbracht hat oder dass der Betriebene mit der Bezahlung der Vergütung vorleistungspflichtig ist. Durch Glaubhaftmachung von Erfüllungsmängeln kann die Titelqualität des Vertrages sodann entkräftet und Rechtsöffnung verhindert werden.

---

87 Vgl. Guhl/Merz/Kummer, 482.

88 Vgl. Art. 472 und 473 OR.

89 Von Tuhr/Peter, 149/150.

Beim nicht synallagmatischen Auslagenersatz hat der Betreibende – ähnlich wie beim einfachen Auftrag – lediglich den Eintritt der Bedingung nachzuweisen, an welche die Ersatzpflicht geknüpft ist. Dabei fällt auf, dass der Wortlaut des Art. 473 OR von demjenigen des Art. 402 OR geringfügig abweicht: Während ein Auftraggeber Ersatz schuldet für sämtliche Auslagen und Verwendungen des Beauftragten, haftet ein Hinterleger lediglich für die notwendigen Auslagen. Der für Auslagenersatz Betreibende hat deshalb im Rechtsöffnungsprozess nicht nur darzutun, dass Auslagen tatsächlich gemacht worden sind, sondern auch, dass diese zur Aufbewahrung und Erhaltung der Sache notwendig gewesen sind. Immerhin darf der Massstab kein allzu strenger sein; notwendig sind Auslagen, die der Aufbewahrer bei sorgfältiger Prüfung der Sachlage als erforderlich ansehen musste und durfte[90].

Wie beim Auftrag besteht auch beim Hinterlegungsvertrag, jedenfalls zugunsten des Hinterlegers, ein jederzeitiges Widerrufsrecht mit Wirkung ex nunc[91]. Durch Glaubhaftmachung eines Widerrufs lässt sich darum die im Vertrag enthaltene Schuldanerkennung für die Zeit nach der Auflösungserklärung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG entkräften. Zwar muss der Hinterleger auch in diesem Fall für Aufwendungen des Aufbewahrers, die mit Rücksicht auf die vereinbarte Zeit gemacht worden sind, gemäss Art. 475 Abs. 2 OR einstehen; für diesen Schadenersatz liegt indessen keine Schuldanerkennung vor, weshalb diesbezüglich der ordentliche Prozessweg beschritten werden muss.

c) Rechtsöffnung zu Gunsten des Hinterlegers für die Rückzahlung eines irregulären Depots

Im Vertrag über ein irreguläres Depot ist die Schuldanerkennung des Verwahrers enthalten, die erhaltenen Geldbeträge nach Beendigung des Vertrages wieder zurückzugeben. Indes handelt es sich auch bei dieser Rückgabe-

---

90 Vgl. Becker, Art. 473 N. 2.

91 Art. 475 OR.

pflicht nicht um eine Leistung synallagmatischen Charakters, sondern um eine reine Folge der Depot-Hingabe und der Beendigung des Vertrages[92]. Der Betreibungsgläubiger hat deshalb nicht die Erbringung seiner Eigenleistung – die Zahlung der Vergütung – im Rechtsöffnungsprozess nachzuweisen, sondern vielmehr das Vorliegen der Voraussetzungen, an welche die Rückgabepflicht geknüpft ist. In diesem Sinne hat er darzutun, dass er dem Aufbewahrer eine bestimmte Summe Geldes zur Verwahrung übergeben hat und dass der Vertrag infolge von Zeitablauf, Rücktritt nach Gegenseitigkeitsregeln, Kündigung oder Widerruf beendet worden ist.

Ein auf Art. 82 OR gestütztes Zurückbehaltungsrecht des Verwahrers am Depositum, wie es Guhl im Falle der Vernachlässigung der gegnerischen Vergütungspflicht zu befürworten scheint[93], muss am fehlenden synallagmatischen Zusammenhang zwischen Rückgabepflicht und Vergütung scheitern[94, 95]. Dafür kann beim irregulären Depot eine Verrechnung der beidseitig fälligen Geldleistungen in Frage kommen. Durch Glaubhaftmachung der Verrechnungseinrede im Rechtsöffnungsprozess wird die Schuldanerkennung für die Rückzahlung der Depot-Summe im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG entkräftet und Rechtsöffnung muss im entsprechenden Umfange verweigert werden.

B. Kommissionsaufträge

a) Begriff

Unter den Begriffen Kommission oder Kommissionsauftrag wird ein entgeltlicher Auftrag verstanden, bei dem sich der Kommissionär gegen Bezahlung einer Kommissionsgebühr (Provision) verpflichtet, in eigenem Namen, aber für Rechnung des Kommittenten, den Ein- bzw. Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu übernehmen[96]. Der Kommissionär handelt als

92 Von Tuhr/Peter, 149.

93 Guhl/Merz/Kummer, 481.

94 Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 82 N. 2 und 3.

95 Im übrigen wäre Art. 82 OR, wie im Allgemeinen Teil dieser Arbeit erörtert wurde, im Rechtsöffnungsprozess auch nicht ohne weiteres anwendbar (vorn, S. 47).

96 Art. 425 OR.

direkter Stellvertreter des Kommittenten, was den Kommissionsauftrag von allen andern Kaufs- und Verkaufsgeschäften unter Einbezug von Drittpersonen abhebt. Durch dieses Merkmal wird die Kommission insbesondere abgegrenzt vom Kauf und Verkauf durch Hilfspersonen und Organe eines kaufmännischen Unternehmens, vom Kauf und Verkauf durch direkte Stellvertreter und Agenten sowie vom Kauf und Verkauf durch eigenständige Zwischenhändler und Mäkler[97].

Die Geschäftsführung erfolgt wie beim einfachen Auftrag ausschliesslich im Interesse und nach dem Willen des Kommittenten. Nutzen und Gefahr des Geschäftes kommen allein diesem zu. Der Kommissionär ist verpflichtet, sämtliche auf Rechnung des Kommittenten einkassierten Beträge abzuliefern, und er darf insbesondere einen Gewinn, wenn er unter der Limite gekauft oder darüber verkauft hat, nicht für sich behalten[98]. Auf der andern Seite ist er aber auch berechtigt, für alle im Interesse des Kommittenten gemachten Vorschüsse, Auslagen und Verwendungen Ersatz zu fordern und eine besondere Vergütung für allfällig zur Verfügung gestellte Lagerräume und Transportmittel zu verlangen[99]. Es können somit auf beiden Seiten Geldforderungen gegenüber dem Vertragspartner entstehen, für die der Vertrag unter den nachfolgend zu behandelnden Voraussetzungen einen Rechtsöffnungstitel darstellen kann.

b) Rechtsöffnung zu Gunsten des Kommissionärs

1. Für Kommissionsgebühren (Provisionen)

Die vom Kommittenten zu bezahlenden Provisionen einerseits und die vom Kommissionär zu entfaltende Kaufs- oder Verkaufstätigkeit andrerseits stellen synallagmatische Leistungen dar.

---

97 Guhl/Merz/Kummer, 461; Gautschi, Vorbem. zum 15. Titel des Obligationenrechtes, N. 1 ff.

98 Art. 428 Abs. 3 OR.

99 Art. 431 OR.

Der Kommissionär hat deshalb im Rechtsöffnungsprozess die Vorleistungspflicht des betriebenen Kommittenten oder die Erfüllung seiner eigenen Leistungspflichten zu beweisen, wenn er auf Grund des Vertrages Rechtsöffnung erlangen will. Durch Glaubhaftmachung von Erfüllungsmängeln kann der Kommissionär hierauf die Titelqualität des Vertrages vernichten und durch Glaubhaftmachung materiellrechtlicher Untergangsgründe kann er die Schuldanerkennung als solche entkräften. Im einzelnen gilt folgendes:

1.1. Titelqualität

1.1.1. Nachweis der eigenen Leistung

Gemäss Art. 432 Abs. 1 OR ist der Kommissionär mit der Ausführung des Kommissionsauftrages vorleistungspflichtig. Unter "Ausführung" wird indessen lediglich der Abschluss und die vollständige Durchführung des Kaufs- bzw. Verkaufsgeschäftes mit dem Dritten verstanden, d.h. die gesamte Tätigkeit des Kommissionärs bis zum Erhalt der Leistung dieses Dritten. Die Uebergabe des Kommissionsgutes an den Kommittenten (bei Einkaufskommission) bzw. die Ablieferung des Verkaufserlöses an den Kommittenten (bei Verkaufskommission) gehören nicht mehr zur Ausführung[100]. Der Kommissionär kann die Provision deshalb fordern, sobald er selber im Besitze des Kommissionsgutes oder der Drittzahlung ist. Nur dieser Beweis der Vorleistung darf von ihm auch im Rechtsöffnungsprozess verlangt werden, es sei denn, die Zahlungspflicht des Kommittenten wäre im Vertrag ausdrücklich von der Ablieferung abhängig gemacht worden.

Nach Gesetz sind Provisionen auch dann geschuldet, wenn das Geschäft aus Gründen, die in der Person des Kommittenten liegen, nicht ausgeführt werden kann[101]. Anstelle der Ausführung kann der Betreibende deshalb beweisen, dass die Erfüllung aus Verschulden des Kommittenten unterblieben

---

100 Gautschi, Art. 432 N. 3a; Oser/Schönenberger, Art. 432 N. 2.

101 Art. 432 Abs. 1 OR; BGE 40 II 393 ff.

ist[102]. Kommt das Geschäft andrerseits aus Gründen, die der Kommittent nicht zu vertreten hat, nicht zur Ausführung[103], so fallen die Provisionsansprüche des Kommissionärs dahin[104]. Zwar bleibt der Kommittent in diesem Fall zur Zahlung der ortsüblichen Vergütung für die entfaltete Tätigkeit verpflichtet; da die Höhe dieser Ersatzpflicht aber kaum je ziffernmässig und im voraus festgelegt sein dürfte, fehlt im Kommissionsauftrag diesbezüglich die erforderliche bestimmte Schuldanerkennung.

1.1.2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Im Falle der gröbsten Pflichtverletzung des Kommissionärs – unredliche Handlungsweise gegenüber dem Kommittenten – stellt das Gesetz selbst den Grundsatz auf, dass Provisionsansprüche verwirkt seien[105]. Im Rechtsöffnungsprozess muss noch ein Schritt weiter gegangen und die Titelqualität des Vertrages bereits verneint werden, wenn weniger gewichtige Treue- und Sorgfaltsverletzungen glaubhaft sind. Rechtsöffnung muss verweigert werden bei Vernachlässigung von Anzeige- oder Versicherungspflichten durch den Kommissionär[106], bei mangelhafter Interessenwahrung gegenüber dem Frachtführer[107], bei Kauf über oder Verkauf unter der vom Kommittenten gesetzten Preislimite[108] sowie ganz allgemein bei Verletzung von Treue- oder Sorgfaltspflichten, die dem Kommissionär als Beauftragtem kraft gewöhnlichen Auftragsrechts zukommen[109].

---

102 Z.B. weil mangelhafte Ware zum Verkauf geliefert oder weil der Kommissionsauftrag grundlos widerrufen worden ist.

103 Z.B. weil die Marktlage einen Abschluss nicht erlaubt oder weil das Verhalten des Kommissionärs einen Widerruf des Kommissionsauftrages notwendig macht.

104 Art. 432 Abs. 2 OR.

105 Art. 433 OR.

106 Vgl. Art. 426 OR.

107 Vgl. Art. 427 OR.

108 Vgl. Art. 428 OR.

109 Vgl. Art. 397-401 OR.

1.2. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Auf Widerruf des Kommissionsauftrages kann sich der Kommittent zur Entkräftung der Forderung nur berufen, wenn er für die Aufhebung des Vertrages sachlich vertretbare Gründe glaubhaft macht. Denn im Gegensatz zum einfachen Auftrag wirkt ein unbegründeter Widerruf der Kommission nicht (ex nunc) schuldbefreiend. Vielmehr bleibt der Kommittent – da er die Nichtausführung des Auftrages zu vertreten hat – zur Bezahlung der vollen Provision verpflichtet[110].

Sind für den Widerruf andrerseits gute Gründe glaubhaft gemacht, so ist die vertragliche Schuldanerkennung entkräftet. Der Kommissionär wird seinen auf das ortsübliche Mass reduzierten Vergütungsanspruch unter diesen Umständen meist vor dem ordentlichen Richter geltend machen müssen, weil die Ersatzpflicht ziffernmässig zuwenig bestimmt ist.

2. Für Vorschüsse (an Dritte), Auslagen und Verwendungen

Der Ersatz für Vorschüsse, Auslagen und Verwendungen stellt keine synallagmatische Gegenleistung des Kommittenten zur Tätigkeit des Kommissionärs dar. Vielmehr handelt es sich bei dieser Ersatzpflicht – genau gleich wie beim Auslagenersatz kraft Auftragsrechts[111] – um eine blosse Nebenfolge der Vertragsabwicklung. Anstelle der Eigenleistung hat der Betreibende deshalb im Rechtsöffnungsprozess lediglich das Vorhandensein der Belangbarkeitsvoraussetzungen zu beweisen.

In diesem Sinne hat der Kommissionär gemäss Art. 431 OR darzutun: 1) dass Vorschüsse, Auslagen und Verwendungen tatsächlich gemacht worden sind und 2) dass sie im Interesse des Kommittenten gelegen haben. Darüberhinaus muss aber auch die summenmässige Anerkennung der Auslagenhöhe durch den Kommittenten erstellt sein, weil es sonst an der Bestimmtheit der Schuldanerkennung fehlen würde.

---

110 Vorn, FN 101.

111 Vgl. vorn, S. 471.

c) Rechtsöffnung zu Gunsten des Kommittenten bei Verkaufskommission

Aus dem Wesen der Kommission als einer besonderen Auftragsart ergibt sich, dass die unbeschränkte Ablieferungspflicht des Art. 400 OR auch für den Kommissionär gilt. Ein Vertrag, in dem sich der Kommissionär zum Verkauf von Waren auf Rechnung des Kommittenten verpflichtet, muss demnach als Schuldanerkennung zur Ablieferung der einzukassierenden Gelder betrachtet werden.

Es handelt sich wiederum nicht um ein synallagmatisches Schuldversprechen, weshalb der Betreibungsgläubiger im Rechtsöffnungsprozess auf den Nachweis seiner Eigenleistung verzichten kann. Stattdessen hat er – im Sinne einer Suspensivbedingung für das Wirksamwerden der gegnerischen Schuldanerkennung – zu beweisen, dass dem Kommissionär tatsächlich Geldbeträge für Rechnung des Kommittenten zugeflossen sind. Diesen Beweis kann er unter Umständen mit der Ausführungsanzeige[112] des Kommissionärs erbringen oder mit jedem andern zulässigen Beweismittel[113].

C. Fracht- und Speditionsverträge

a) Vorbemerkung

Das Speditions- und Frachtvertragsrecht des OR ist im Bereiche des öffentlichen Post-, Eisenbahn-, Schiffs-, Luft- und Motorfahrzeugverkehrs durch öffentlich-rechtliche Spezialgesetze verdrängt worden. Ferner wird die Bedeutung der obligationenrechtlichen Regelung auch dadurch eingeschränkt, dass die Parteien häufig in Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Gesetz abweichende Vereinbarungen treffen[114]. Die nachfolgenden Aus-

---

112 Gemäss Art. 426 OR.

113 Gelegentlich stellt die Ausführungsanzeige sogar für sich allein eine genügende Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar. Rechtsöffnung kann unter diesen Umständen gewährt werden, selbst wenn der Kommissionsauftrag nur mündlich erteilt worden sein sollte (Hess, 74).

114 Vgl. Guhl/Merz/Kummer, 467.

führungen, welche sich ausschliesslich auf die Regelung der Speditions- und Frachtverträge im Obligationenrecht stützen, dürfen deshalb lediglich als summarische Uebersicht betrachtet werden. Für eine detailliertere Darstellung besteht indessen auch keine Notwendigkeit, da es selten vorkommen dürfte, dass Forderungen aus komplizierten Speditions- und Frachtverträgen vor dem Rechtsöffnungsrichter geltend gemacht werden.

b) Begriffe

Durch den Frachtvertrag verpflichtet sich der Frachtführer zum Transport von Sachen, der Absender dagegen zur Bezahlung eines Frachtlohnes[115]. Schiebt sich zwischen diese beiden Parteien noch ein Dritter ein (Spediteur), der dem Absender in ähnlicher Weise wie ein Kommissionär – d. h. in eigenem Namen, jedoch für Rechnung des Vertragspartners – gegen Entgelt die Ab- oder Weiterversendung von Waren verspricht, so handelt es sich um Spedition[116].

Gemäss Art. 439 OR ist ein Speditionsvertrag in der Regel wie ein Kommissionsauftrag zu behandeln. Kommissionär ist der Spediteur, der Versender ist Kommittent. Tritt jedoch der Spediteur, statt die Sache einem Frachtunternehmen für den Transport zu übergeben, selbst in den Vertrag als Frachtführer ein, so gilt eine andere Regelung. In diesem Fall ist der Spediteur mit Bezug auf den Transport der Güter einem Frachtführer gleichgestellt und untersteht insoweit den Bestimmungen – insbesondere den Haftungsbestimmungen – über den Frachtvertrag.

Die nachfolgenden Erörterungen beziehen sich vor allem auf Frachtverträge und auf Speditionsverträge mit Selbsteintritt. Für gewöhnliche Speditionsverträge gilt das bei der Kommission Gesagte, es sei denn, nachfolgend wäre ausdrücklich etwas anderes vermerkt.

---

115 Art. 440 OR.

116 Vgl. Art. 439 OR; Guhl/Merz/Kummer, 471.

c) Rechtsöffnungsprobleme

In synallagmatischem Austauschverhältnis stehen einzig die Tätigkeit des Frachtführers oder Spediteurs einerseits und der Frachtlohn bzw. die Vergütung andrerseits. Nur wenn für eine solche Geldleistung betrieben wird und der Betriebene nicht vorleistungspflichtig ist, hat der Frachtführer oder Spediteur im Rechtsöffnungsprozess die Erbringung seiner eigenen Leistung zu beweisen (mit den entsprechenden Einredemöglichkeiten der Gegenseite). In der Betreibung für (nicht synallagmatischen) Auslagenersatz genügt demgegenüber der Nachweis der Voraussetzungen, an welche die Ersatzpflicht geknüpft ist, mithin der Nachweis der gleichen Voraussetzungen wie beim einfachen Auftrag[117].

Der Nachweis der eigenen Leistung – soweit notwendig – ist erbracht, wenn bei einfacher Spedition die Uebergabe des Speditionsgutes an den Frachtführer bewiesen ist. Bei der Spedition mit Selbsteintritt und beim Frachtvertrag ist erforderlich, dass das Eintreffen des Frachtgutes am Bestimmungsort und die Uebergabe an den Empfänger bzw. die Hinterlegung zu Gunsten des Berechtigten erstellt sind; erst dadurch werden Frachtführer und Spediteur von ihren Leistungspflichten befreit.

Werden Erfüllungsmängel geltend gemacht, so ist das Vorliegen oder Fehlen einer substantiierten Mängelrüge nicht in gleicher Weise für das rechtliche Schicksal der Rechtsöffnungsklage entscheidend wie bei Kauf- oder Werkverträgen. Zwar enthält Art. 452 OR kauf- und werkvertragsähnliche Prüfungs- und Rügepflichten. Da diese jedoch nur zum Zuge kommen, wenn das Frachtgut vom Empfänger vorbehaltlos angenommen und bezahlt worden ist[118], sind sie in Fällen, in denen der Frachtführer oder Spediteur betreiben muss, offensichtlich nicht anwendbar. Schlechterfüllung ist deshalb im Rechtsöffnungsprozess im einzelnen glaubhaft zu machen und die Titelqualität des Vertrages wird z. B. dann zu verneinen sein, wenn ungenügende Wahrung der Interessen des Eigentümers der Fracht, Beschädigung, Ganz- oder Teilverlust des Frachtgutes, Missachtung von Weisungen, verspätete

117 Vorn, S. 185.

118 Beide Voraussetzungen müssen gemäss Oser/Schönenberger, Art. 452 N. 2 kumulativ vorliegen.

Ablieferung oder ähnliche Vertragsverletzungen des Frachtführers oder Spediteurs glaubhaft gemacht werden können.

Zu keinen besonderen Bemerkungen geben die materiellrechtlichen Einreden im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG Anlass. Es gelten hiefür die im Allgemeinen Teil dieser Arbeit gemachten Ausführungen[119].

D. Mäklerverträge

a) Begriff und Rechtsnatur

Art. 412 OR umschreibt den Mäklervertrag als einen Auftrag an den Mäkler, gegen Vergütung (Provision) Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages (des Hauptvertrages) nachzuweisen oder dessen Abschluss zu vermitteln. Im ersten Fall spricht man von Nachweis- im zweiten von Vermittlungsmäkelei. Wesentliches Merkmal eines jeden Mäklervertrages ist der Umstand, dass die Zahlung des Lohnes von einer – für den Mäkler – aleatorischen Bedingung abhängt: Die Provision ist nur dann geschuldet, wenn der Hauptvertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlungstätigkeit zustande kommt[120].

Mäkler sind zu Tathandlungen (Nachweis oder Vermittlung), nicht jedoch zu Rechtshandlungen (Vertragsabschlüssen) zugunsten des Auftraggebers berechtigt. Im Gegensatz zum Kommissionär und zum Abschlussagenten ist ein Mäkler somit nicht Stellvertreter des Mandanten, und Vertragsabschlüsse, die den letzteren verpflichten, kann er nur vornehmen, wenn er hiezu einen besonderen Auftrag und eine besondere Vollmacht erhält[121]. Gegenüber Handelsreisenden und Vermittlungsagenten liegt das Abgrenzungskri-

---

119 Immerhin ist zu beachten, dass die Widerrufsrechte des Versenders unter gewissen Umständen beschränkt sind. Die Glaubhaftmachung eines Widerrufs vermag die Schuldanerkennung für den Frachtlohn dann nicht zu entkräften, wenn die Aufhebung des Vertrages gegen Art. 443 OR verstossen würde.

120 Art. 413 OR.

121 Guhl/Merz/Kummer, 444; BGE 40 II 528; 49 II 230.

terium in der Intensität der vertraglichen Beziehung zum Auftraggeber. Ein Mäkler steht nicht in einem auf Dauer ausgerichteten Vertragsverhältnis, sondern er wird nur nach Bedarf eingesetzt, für den Nachweis oder die Vermittlung einzelner oder einiger weniger Geschäfte[122].

Umstritten ist die Rechtsnatur des Mäklervertrages. Während die einen ihn als einseitigen Vertrag auffassen, betrachten ihn die andern als zweiseitig verpflichtendes Geschäft. Und unter den Verfechtern der Zweiseitigkeit herrscht eine weitere Kontroverse darüber, ob der Vertrag unvollkommen zweiseitig oder synallagmatischer Natur sei. Für jede Ansicht lassen sich gute Gründe vertreten und hinter jeder Auffassung stehen einflussreiche Kommentatoren und Autoren[123]. Kann es auch nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, in diesem Meinungsstreit die endgültige Lösung zu finden, so sollen die wichtigsten Argumente gleichwohl kurz erörtert und im Sinne einer Arbeitsgrundlage für eine der Theorien Stellung genommen werden:

1. Einig ist man sich in Theorie und Praxis darüber, dass der Auftraggeber mit dem Provisionsversprechen eine (wenn auch bedingte) Leistungspflicht eingeht. Hinsichtlich der Leistungspflicht des Mäklers gehen die Meinungen dagegen auseinander. Die Verfechter der Theorie des einseitigen Vertrages lehnen eine Pflicht des Mäklers zum Tätigwerden vollumfänglich ab. Sie weisen darauf hin, dass die Mäklertätigkeit und die Beachtung der sogenannten Treuepflichten von Art. 415 OR allein um der versprochenen Belohnung (nicht Vergütung!) willen erfolge und ohne jegliche Rechtspflicht[124]. Dies charakterisiere den Vertrag als einseitigen[125].

2. Die Gegner dieser Theorie lehnen die Einseitigkeit des Mäklervertrages mit einem Hinweis auf die Systematik des Gesetzes ab. Es wird

---

122 Guhl/Merz/Kummer, 445; Oser/Schönenberger, Art. 412 N. 3.

123 Vgl. allgemein Guggenbühl, 30-43; Antognazza, 2-7.

124 Nicht in obligatione werde geleistet, wird immer betont, sondern condicionis implendae causa (Guggenbühl, 32; Antognazza, 2; Oser/Schönenberger, Art. 412 N. 1).

125 Vertreter dieser Theorie sind z. B. von Büren II, 203 ff.; die bei Guggenbühl, 31, und Antognazza, 2 ff., aufgeführten Autoren; sowie – in einem älteren Entscheid – das Bundesgericht, vgl. BGE 26 II 348.

argumentiert, dass Aufträge immer zweiseitig seien und dass der Mäklervertrag lediglich eine besondere Unterart des Auftrages darstelle. Im übrigen, wird ausgeführt, seien die Leistungspflichten des Mäklers unschwer zu entdecken, habe er doch eine besondere Treuepflicht gegenüber dem Auftraggeber sowie eine Pflicht, das Zustandekommen des Vertrages nicht schuldhaft zu verhindern[126].

3. Vergleicht man die vorstehenden Argumente, so vermag die Ansicht der Befürworter der Zweiseitigkeit des Mäklervertrages mehr zu überzeugen. Insbesondere das systematische Argument erscheint angebracht, denn der Gesetzgeber hat in Art. 412 Abs. 2 OR ausdrücklich auf das (zweiseitige) Auftragsrecht verwiesen. Bleibt aber noch zu erörtern, ob mit den erwähnten Treue- und Unterlassungspflichten, die nicht synallagmatischer Natur sind, die Leistungspflichten des Mäklers erschöpft seien. Wäre dies der Fall, so müsste von einem unvollkommen zweiseitigen Vertrag gesprochen werden[127].

Vorzuziehen ist m.E. die Ansicht, wonach der in Art. 412 Abs. 2 OR enthaltene Verweis auf Auftragsrecht auch die positive Besorgungspflicht des Art. 394 OR beinhaltet[128], sodass der Mäkler zur Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte wie ein gewöhnlicher Mandatar verpflichtet ist. Einschränkungen ergeben sich immerhin aus der Natur der Sache: Der Auftraggeber ist beim Mäklervertrag praktisch ausschliesslich am Resultat der Mäklertätigkeit interessiert und nicht an der Arbeitsweise selbst. Aus diesem Grunde ist der Mäkler bloss verpflichtet, eine in Richtung Nachweis oder Vermittlung gerichtete Tätigkeit zu entfalten, während er mit Bezug auf Art und Umfang seiner Bemühungen grundsätzlich frei ist[129]. Eine Pflicht des Mäklers, Vorschriften und Weisungen des Mandanten zu beachten, besteht deshalb in der Regel nicht.

Mäklerlohn und Mäklertätigkeit sind als synallagmatische Leistungen zu betrachten, auch wenn es infolge des aleatorischen Charakters des Ge-

---

126 Vgl. Guggenbühl, 32-35; Antognazza, 3; Becker, Art. 412 N. 4.

127 Diese Ansicht wird z.B. von Becker, Art. 412 N. 1-4 und 16; Guggenbühl, 37, und von Antognazza, 5, vertreten.

128 Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 412 N. 6-8.

129 In diesem Sinne jetzt das Bundesgericht, vgl. BGE 84 II 526 f.

schäftes etwa vorkommen mag, dass der Mäkler leer ausgeht, obwohl er seine Leistungen vollumfänglich erbracht hat[130]. Der Lohn ist deshalb nur (aber nicht immer) geschuldet, wenn auf Seiten des Mäklers eine geeignete Tätigkeit nachgewiesen wird.

Im folgenden sind die Verhältnisse im Rechtsöffnungsprozess zu untersuchen, wobei die Voraussetzungen für synallagmatischen Mäklerlohn und für nicht synallagmatischen Auslagenersatz – wie bei allen Auftragsarten – gesondert zu betrachten sind. Im ersten Fall hat der Betreibende den Eintritt der aleatorischen Bedingung (Abschluss des Hauptvertrages) sowie die üblichen Voraussetzungen bei gegenseitigen Verträgen (Titelqualität) darzutun, wobei dem Auftraggeber gewisse besondere Einreden zustehen; im zweiten Fall sind Beweispflichten des Mäklers und Einredemöglichkeiten des Auftraggebers geringer.

b) Voraussetzungen der Rechtsöffnung für den Mäklerlohn

1. Eintritt der aleatorischen Bedingung: Zustandekommen des Hauptvertrages

Als grundsätzlichste Voraussetzung hat der Mäkler den Eintritt der aleatorischen Bedingung nachzuweisen[131]. Hierbei genügt es, wenn der Abschluss des Hauptvertrages bewiesen ist. Im Gegensatz zur Vergütung des Kommissionärs ist der Mäklerlohn nämlich auch dann geschuldet, wenn die Erfüllung seitens des Dritten später ausbleiben sollte[132]. Der Mäkler hat für die Bonität des Hauptvertragspartners wenigstens solange nicht einzustehen, als ihm eine schlechte Vermögenslage des letzteren bei Vornahme seiner Mäklertätigkeit nicht bekannt gewesen ist.

---

130 Die synallagmatische Struktur des Mäklervertrages wird bejaht von Oser/Schönenberger, Art. 412 N. 3 und 6; Gautschi, Art. 412 N. 2b; Guhl/Merz/Kummer (Bezeichnung als entgeltlicher Auftrag), 444, und vom Bundesgericht in BGE 84 II 526 f.

131 SJZ 34 (1937/38) 168; Hess, 71.

132 Oser/Schönenberger, Art. 413 N. 5; Becker, Art. 413 N. 5.

In Gerichtsurteilen wird nun allerdings gelegentlich die Tendenz sichtbar, den Auftraggeber zu entlasten – und folglich Rechtsöffnung für den Mäklerlohn zu verweigern – wenn Erfüllung seitens des Dritten ausgeblieben ist[133]. Diese Betrachtungsweise widerspricht dem Gesetz und ist abzulehnen, zumal die Abhängigkeit von der Erfüllung durch vertragliche Vereinbarung herbeigeführt werden kann, wenn die Parteien dies wirklich wünschen. In der Praxis sind solche Vertragsabreden auch relativ häufig[134].

Heikle Probleme ergeben sich, wenn der Hauptvertrag näher spezifiziert ist, z. B. durch die Art des abzuschliessenden Geschäftes (Verkauf) oder durch gewisse Preisangaben (zu Fr. 60'000). Weicht der abgeschlossene und im Rechtsöffnungsprozess bewiesene Hauptvertrag von den Spezifikationen ab – es ist z. B. zu einem Tausch statt zu einem Kauf gekommen oder es wurde zu Fr. 50'000 statt 60'000 verkauft – so stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur der Spezifikationen. Handelt es sich um Bedingungen, so ist Identität des abgeschlossenen mit dem Hauptvertrag zu verneinen. Handelt es sich dagegen um blosse Richtlinien und Rahmenbedingungen, so muss das aleatorische Element als erfüllt betrachtet werden, solange kein vollständig anderes Geschäft vorliegt. Theorie und Praxis stehen auf dem Standpunkt, dass für die Beurteilung derartiger Spezifikationen wirtschaftliche und nicht formale Gesichtspunkte massgebend sein müssten[135]. Der Mäklerlohn ist deshalb auch dann geschuldet, wenn anstelle eines angestrebten Hauskaufes eine gleich vorteilhafte Eigentumswohnung verschafft oder anstelle einer Geschäftsbeteiligung ein ebenso günstiges Darlehen vermittelt worden ist. Werden Preisvorschriften nicht erreicht, so wird angenommen, diese seien im Zweifel als blosse Richtpreise aufzufassen, weshalb das Honorar auch bei Preisabweichungen geschuldet ist[136], und zwar das ganze Honorar, nicht ein verhältnismässig reduziertes[137]. Gegenteilige

---

133 Vgl. von Büren II, 208.

134 Guhl/Merz/Kummer, 446; vgl. z. B. BGE 52 II 80.

135 Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 413 N. 13-15; Becker, Art. 413 N. 6; von Büren II, 206 f.

136 BGE 76 II 149; ZR 7 (1908) 128; 45 (1946) 247 ff.; 46 (1947) 5; SJZ 36 (1939/40) 284.

137 Vgl. von Büren II, 207.

Vereinbarungen wären vom Auftraggeber zu beweisen bzw. im Rechtsöffnungsprozess glaubhaft zu machen.

2. Titelqualität

2.1. Nachweis der eigenen Leistung

Der Natur der Sache nach ist der Mäkler vorleistungspflichtig. Er muss deshalb im Rechtsöffnungsprozess die Erbringung seiner eigenen Leistung beweisen, und dieser Beweis ist nicht identisch mit jenem des Eintritts der aleatorischen Bedingung. Während es dort um das Rechtsgeschäft zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten gegangen ist, geht es hier um die eigene Tätigkeit des Mäklers.

Bei Nachweismäkelei hat der Mäkler darzutun, dass er dem Auftraggeber bestimmte Abschlussgelegenheiten, insbesondere jene mit dem Dritten, nachgewiesen hat; bei Vermittlungsmäkelei muss er seine Vermittleraktivitäten beweisen[138]. Er kann dies z. B. anhand von Korrespondenzen tun oder mittels anderer geeigneter Beweismittel; insbesondere können auch Zugaben des Betriebenen ausreichen[139]. Wird eine Nachweistätigkeit dargetan, behauptet der Auftraggeber jedoch, es sei Vermittlung abgemacht gewesen, so hat der Mäkler zu beweisen, dass sich seine Leistungspflicht auf Nachweismäkelei beschränkte.

2.2. Absenz von Erfüllungsmängeln

Aus der Art, wie ein Mäklervertrag ausgeführt wird, können grundsätzlich keine Einreden erhoben werden. Da der Auftraggeber grundsätzlich nur am

---

138 Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 412 N. 15-19; Becker, Art. 412 N. 5-10.

139 Es versteht sich von selbst, dass dem Mäkler der Beweis für seine vorwiegend immaterielle Arbeitsleistung mitunter schwer fallen kann. Es ist daher wichtig, dass ein Urkundenbeweis nicht unbedingt vorausgesetzt werden darf (vgl. vorn S. 57/58).

Ergebnis der Mäklertätigkeit interessiert ist, kann auch seine vertragliche Schuldanerkennung nicht abhängig sein davon wie, sondern nur dass geleistet wurde. Gewisse Einschränkungen sind jedoch gleichwohl am Platz: Ist der Mäkler in einer Weise, die dem Vertrag grob widerspricht, auch für den Dritten tätig geworden, oder hat er sich in einem Fall, wo es wider Treu und Glauben geht, auch von diesem Lohn versprechen lassen, so besteht für den Auftraggeber die Gefahr der Benachteiligung. Die Erfüllung muss unter diesen Umständen als mangelhaft betrachtet und Rechtsöffnung für die Provisionen muss wegen fehlender Titelqualität verweigert werden, wenn solche Handlungen des Mäklers glaubhaft gemacht sind. Wie aus Art. 415 OR hervorgeht, wären die Provisionsansprüche im übrigen auch materiellrechtlich verwirkt.

3. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Im Gegensatz zum einfachen Beauftragten haftet der Mäkler nicht bloss für pflichtgemässe Ausführung der Arbeit, sondern auch für den Erfolg. Dies geht unmissverständlich aus Art. 413 Abs. 1 OR hervor. Die Vergütung ist deshalb nur geschuldet, wenn ein enger und direkter Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschluss des Hauptvertrages erstellt ist. Erforderlich ist ein sogenannter "psychologischer Kausalzusammenhang"[140].

Für das Vorliegen des Kausalzusammenhanges spricht bei Nachweis einer geeigneten Mäklertätigkeit eine tatsächliche Vermutung[141]. Gelingt es jedoch dem Auftraggeber, Unterbrechungsgründe glaubhaft zu machen, so wird die Kausalität des Handelns in Frage gestellt und Rechtsöffnung muss verweigert werden. Eine Beurteilung komplexer Kausalitätsfragen im Rechtsöffnungsprozess ist nicht möglich.

---

140 Vgl. Guggenbühl, 267 ff.; vgl. auch BGE 40 II 531; 57 II 193; 62 II 344; 69 II 108; 72 II 89; 75 II 55; 76 II 382; 84 II 524; Oser/Schönenberger, Art. 413 N. 23-24.

141 BGE 36 II 10; 40 II 531; 57 II 193.

Ist Gegenstand des Hauptvertrages ein Grundstückkauf oder ein Einzelarbeitsvertrag, so kann der Auftraggeber geltend machen, der vereinbarte Mäklerlohn sei im Vergleich zur Tätigkeit des Mäklers unverhältnismässig hoch[142]. Erforderlich ist indessen ein offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und nicht bloss ein relativ hohes Honorar. Im Hinblick auf den aleatorischen Charakter des Geschäftes, darf die Vergütung den effektiven Wert der geleisteten Arbeit ohne weiteres bis zu einem gewissen Grade übersteigen[143]. Besteht ein Tarif, so ist dieser als Massstab in Betracht zu ziehen. Die Vergütung darf jedoch nicht einfach auf den Tarif hinuntergesetzt werden, wenn eine hohe Provision offensichtlich als spezieller Anreiz für eine rasche und wirkungsvolle Mäklertätigkeit gedacht gewesen ist[144]. Gelingt es – trotz dieser Einschränkungen – dem Auftraggeber, Herabsetzungsgründe glaubhaft zu machen, so darf Rechtsöffnung nicht einfach vollumfänglich verweigert werden[145]. Im Rahmen des Ueblichen, welches durch die Gerichtspraxis oder durch Tarife bestimmt sein kann, kommt eine Herabsetzung schliesslich nicht in Frage, sodass die Schuldanerkennung für den Mäklerlohn insoweit nicht entkräftet werden kann. Nur wenn zweifelhaft erscheint, wie hoch die übliche Vergütung zu veranschlagen ist, sollte von der Rechtsöffnung gänzlich Umgang genommen werden.

Nach der Praxis des Bundesgerichts, welche freilich mit einem Teil der Literatur im Gegensatz steht[146], kann eine Herabsetzung der Provision gegenüber einem Mäkler verlangt werden, wenn er nur teilweise – d.h. im Zusammenwirken mit andern unabhängig beauftragten Mäklern – für das Zustandekommen des Hauptvertrages verantwortlich ist. Die verschiedenen Beteiligten haben dann lediglich auf einen Teil der Provisionssumme Anspruch, wobei die Quoten nach Massgabe der Kausalität am Erfolg berechnet werden[147]. Es ist klar, dass diese Aufteilung des Mäklerlohnes im

---

142 Vgl. Art. 417 OR.

143 Becker, Art. 417 N. 2; Oser/Schönenberger, Art. 417 N. 4.

144 Vgl. BGE 83 II 153/154 E. 4c; 90 II 92 E. 11.

145 Gegenteilig: Gautschi, Art. 413 N. 8a; und Hess, 72.

146 Vgl. Oser/Schönenberger, Art. 413 N. 30; Becker, Art. 412 N. 25.

147 BGE 61 II 80; 62 II 342; 72 II 421.

Rechtsöffnungsprozess nicht vorgenommen werden kann. Rechtsöffnung ist daher gegenüber jedem Mäkler zu verweigern, wenn Mitwirkung anderer Mäkler am Erfolg glaubhaft gemacht wird.

Macht der Auftraggeber Beendigung des Vertrages durch Widerruf geltend, so fällt der Anspruch auf Vergütung nur dahin, wenn der Erfolg (Abschluss des Hauptvertrages) nicht das Resultat von Bemühungen ist, die der Mäkler vor dem Widerruf entfaltet hat[148]. Genau genommen handelt es sich hier wiederum um ein Problem des Kausalzusammenhanges, welches im Rechtsöffnungsprozess kaum gelöst werden kann. Abgesehen von Fällen, in denen ein Widerruf ganz offensichtlich nur dazu dient, den Mäkler um den Erfolg seiner Bemühungen zu prellen, sollte die Rechtsöffnung deshalb verweigert werden, wenn ein Widerruf vor Abschluss des Hauptvertrages glaubhaft gemacht wird.

Art. 416 OR stellt apodiktisch fest, dass aus Heiratsvermittlung kein klagbarer Anspruch auf Mäklerlohn entstehen könne. Da Heiratsvermittlern hiedurch das Recht zur zwangsweisen Durchsetzung ihrer Forderungen generell verwehrt sein will[149], muss die Glaubhaftmachung eines Ehevermittlungshonorars zur Abweisung der Rechtsöffnungsklage führen, auch wenn die Schuld nicht eigentlich entkräftet wird[150]. Dies muss selbst dann gelten, wenn pro forma ein Darlehensinstitut für die Rückzahlung eines Darlehens betreibt, aus den Umständen jedoch auf ein Zusammenwirken zwischen Heiratsvermittler und Darleiher zur Finanzierung eines vorauszahlbaren Heiratsmäklerlohnes geschlossen werden kann.

c) Voraussetzungen der Rechtsöffnung für Auslagenersatz

Anders als beim einfachen Auftrag gesteht das Gesetz dem Mäkler keinen Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen zu. Gegenteilige vertragliche Abma-

148 Vgl. BGE 57 II 187; 76 II 386; 97 II 357.

149 Becker, Art. 416 N. 1.

150 Aus der Heiratsvermittlung entsteht eine Schuld und sie besteht nach wie vor, die persönliche Haftung ist jedoch ausgeschlossen.

chungen sind jedoch häufig. Im Rechtsöffnungsprozess ist der Kläger in diesem Fall vom Beweis gehöriger Vorleistung entbunden, da der Auslagenersatz keine synallagmatische Gegenleistung zur eigenen Tätigkeit des Mäklers darstellt. Immerhin ist notwendig, dass die Ausgaben belegt und grundsätzlich summenmässig anerkannt sind und dass sie im Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrages stehen.

Gegenteilige Vereinbarung vorbehalten, ist anzunehmen, dass Provisionen und Auslagenersatz nur alternativ und nicht kumulativ gefordert werden können. Ein Anspruch auf Auslagenersatz entsteht deshalb nur, wenn ein solcher auf Provision nicht zur Entstehung gelangt ist, sei es, weil kein geeigneter Hauptvertragspartner gefunden werden konnte, sei es weil der Auftraggeber aus beliebigen Gründen nicht abschliessen wollte[151]. Durch Glaubhaftmachung einer Provisionszahlung oder eines Provisionsanspruches wird deshalb die Schuldanerkennung für Auslagenersatz entkräftet.

E. Agenturverträge

a) Begriff

Durch den Agenturvertrag verpflichtet sich der Agent, dauernd für einen oder mehrere Auftraggeber Geschäfte zu vermitteln (Vermittlungsagent) oder abzuschliessen (Abschlussagent), ohne dadurch in ein Arbeitsverhältnis einzutreten. Der Auftraggeber verpflichtet sich demgegenüber zur Zahlung der vereinbarten oder üblichen Vermittlungs- oder Abschlussprovision[152].

Inhaltlich gleicht die Tätigkeit eines Agenten weitgehend derjenigen eines Handelsreisenden, Mäklers oder Kommissionärs. Vom Handelsreisenden wird der Agent jedoch durch seine juristische Selbständigkeit, d.h. durch das Fehlen eines Angestelltenverhältnisses[153], abgegrenzt und vom Mäkler

---

151 Oser/Schönenberger, Art. 413 N. 28.

152 Vgl. Art. 418a Abs. 1 und 418g Abs. 1 OR.

153 BGE 99 II 313.

oder Kommissionär unterscheidet ihn die Dauer der vertraglichen (nicht faktischen) Verbindung mit dem Auftraggeber; ein Agent ist langfristig für den Auftraggeber tätig und nicht nur zwecks Durchführung einzelner Geschäfte[154].

Der Vermittlungsagent hat Geschäfte bloss zu vermitteln, d.h. durch Einwirkung auf Dritte, diese zum Vertragsschluss mit dem Auftraggeber zu bewegen. Der Abschlussagent schliesst Geschäfte demgegenüber als direkter Stellvertreter des Mandanten selber ab. Da eine gesetzliche Vermutung für blosse Vermittlungsagentur besteht, bedarf der Abschlussagent einer besonderen Abschlussvollmacht durch den Auftraggeber[155].

Die Unterscheidung von Vermittlungs- und Abschlussagentur ist über die Art. 418a-v OR hinaus von Bedeutung, da auf Vermittlungsagenten die Vorschriften über den Mäklervertrag, auf Abschlussagenten dagegen jene über die Kommission ergänzend anwendbar sind[156]. Die bei diesen Vertragsarten erörterten Rechtsöffnungsprobleme sind deshalb auch für Agenturverträge von gewisser Wichtigkeit.

Im folgenden sollen einige prinzipielle Fragen erörtert werden, die sich im Zusammenhang mit der Rechtsöffnung auf Grund von Agenturverträgen stellen. Auf eine detaillierte Darstellung muss verzichtet werden, da Agenturverträge komplexe Gebilde sind, die als Rechtsöffnungstitel nur eine untergeordnete Rolle spielen. Streitigkeiten über Agenturverhältnisse werden zumeist in ordentlichen Prozessen ausgetragen.

b) Rechtsöffnungsprobleme

In synallagmatischem Austauschverhältnis stehen einerseits die Tätigkeit des Agenten (Vermittlung bzw. Abschluss) und andrerseits die dafür zu entrichtende Vergütung (Vermittlungs- oder Abschlussprovision). Auslagener-

154 Guhl/Merz/Kummer, 448/449.

155 Art. 418e OR; Gautschi, Art. 418a-b N. 6.

156 Art. 418b Abs. 1 OR.

satz, der vom Auftraggeber in Ausnahmefällen[157] ebenfalls geschuldet ist, stellt keine Gegenleistung zur Tätigkeit des Agenten dar. Die Voraussetzungen der Rechtsöffnung für die beiden Arten von Geldforderungen sind deshalb gesondert zu betrachten.

1. Voraussetzungen der Rechtsöffnung für Agentenprovisionen

Der Agenturvertrag enthält ein Mäkelei ähnliches, aleatorisches Element. Provisionen (nicht aber Auslagenersatz) sind nur dann geschuldet, wenn provisionsauslösende Geschäfte zustande kommen[158]. Anders als beim Mäklervertrag, fällt der Vergütungsanspruch aber wieder dahin, wenn die Ausführung des Geschäftes ohne Verschulden des Auftraggebers unterbleibt[159]. Im Rechtsöffnungsprozess gilt deshalb folgendes:

1) Der Betreibende hat in erster Linie den Eintritt der aleatorischen Bedingung (provisionsauslösende Geschäfte) nachzuweisen, wobei er sich auf die vom Auftraggeber zu erstellende Abrechnung[160] oder auf andere geeignete Beweismittel stützen kann. Hat der Auftraggeber die erforderliche Abrechnung unterlassen, oder ist nach Vertrag der Agent zur Aufstellung der Provisionsrechnung verpflichtet (was vor allem bei Abschlussagentur häufig vorkommt), so dürften die provisionsauslösenden Geschäfte im summarischen Rechtsöffnungsprozess nur schwerlich beweisbar sein. Selbstverständlich kann sich der Agent nicht auf seine eigene Buchhaltung berufen.

2) Ein Beweis der Vorleistung (Titelqualität) ist bei Agenturverträgen nicht unter allen Umständen notwendig. Wie aus Art. 418g Abs. 1 und 2 OR hervorgeht, kommen provisionsauslösende Geschäfte vor, bei denen der Agent nicht oder nicht mehr mitzuwirken hat und bei Abschlussagentur ergibt sich sein Tätigwerden bereits aus dem Eintritt der aleatorischen

157 Vgl. Art. 418n Abs. 1 OR.

158 Art. 418g Abs. 1 OR.

159 Art. 418h Abs. 1 OR.

160 Art. 418k OR.

Bedingung (Abschluss). In allen andern Fällen hat der Betreibende jedoch nebst der aleatorischen Bedingung auch sein eigenes Tätigwerden zu beweisen, so insbesondere der Vermittlungsagent seine Vermittlungsbemühungen[161]. Gehörig ist die eigene Leistung des Agenten nur, wenn die vertraglichen oder gesetzlichen Treue- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem Auftraggeber gewahrt sind[162]. Werden diesbezügliche Erfüllungsmängel glaubhaft gemacht, so verliert der Agenturvertrag seine Titelqualität und fällt als Rechtsöffnungstitel ausser Betracht.

3) Der Agent haftet, wie ein Mäkler, nicht bloss für pflichtgemässe Ausführung der Arbeit, sondern auch für deren Erfolg. Vermag der Betriebene Gründe glaubhaft zu machen, die den Kausalzusammenhang zwischen der Agententätigkeit und den provisionsauslösenden Geschäften unterbrechen, so ist die Schuldanerkennung für den Agentenlohn im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG entkräftet. Das gleiche gilt, wenn eine Kollision von Provisionsansprüchen verschiedener unabhängiger Agenten glaubhaft gemacht wird. Die Probleme in diesem Zusammenhang sind weitgehend dieselben wie bei der Mäkelei, weshalb auf die früheren Ausführungen verwiesen werden kann[163].

Aehnlich wie bei Arbeitsverträgen bestehen bei Agenturverträgen zwingende gesetzliche Kündigungsfristen, die es von beiden Seiten zu beachten gilt[164]. Ein jederzeitiges Widerrufsrecht nach Art. 404 OR besteht bei dieser Unterart des Auftrages nicht. Immerhin kann ein Vertrag fristlos gekündigt werden, wenn wichtige Gründe vorliegen, die eine Fortsetzung des Agenturverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen[165]. Macht der Auftraggeber im Rechtsöffnungsprozess eine fristlose Kündigung geltend, so stellen sich ähnliche Probleme wie beim Arbeitsvertrag. Der Betreibende hat nebst der sofortigen Auf-

---

161 Die Verhältnisse sind diesbezüglich dieselben wie bei der Vermittlungsmäkelei, vgl. vorn, S. 203.

162 Ueber die Treue- und Sorgfaltspflichten des Agenten, vgl. Gautschi, Art. 418c N. 3-7 und Maier, Art. 418c N. 2-12.

163 Vgl. vorn, S. 204 ff.

164 Art. 418q OR.

165 Art. 418r OR.

lösung des Vertrages auch die ihn hiezu berechtigenden Gründe glaubhaft zu machen.

Abschliessend sei nochmals darauf hingewiesen, dass Agenturverträge höchst ungeeignete Rechtsöffnungstitel sind, weshalb der Rechtsöffnungsprozess nur in klaren Fällen gewagt werden sollte. Selbst in scheinbar einfachen Fällen, z. B. wenn die provisionsauslösenden Geschäfte auf Grund einer detaillierten Abrechnung des Auftraggebers bewiesen sind, muss noch mit Einwendungen gerechnet werden. Gelingt es nämlich dem Auftraggeber, Nichterfüllung seitens einiger seiner Kunden glaubhaft zu machen, so sind die Provisionsansprüche des Agenten trotz Nachweises der aleatorischen Bedingung und trotz fehlerfeier eigener Vorleistung wiederum in Frage gestellt[166]. Rechtsöffnung darf dann im bestrittenen Umfange nicht erteilt werden. Unrichtig erscheint es dagegen, die Rechtsöffnung in solchen Fällen gänzlich zu verweigern, wie manchmal angenommen wird. Soweit Nichterfüllung seitens Dritter nicht glaubhaft gemacht werden kann, sind die Provisionsansprüche ausgewiesen und ist die Schuldanerkennung deshalb grundsätzlich vollstreckbar.

2. Voraussetzungen der Rechtsöffnung für Auslagenersatz

Der gesetzliche Anspruch des Agenten auf Auslagenersatz ist minim und beschränkt sich auf Kosten und Auslagen, die der Agent auf besondere Weisung des Auftraggebers oder als dessen Geschäftsführer ohne Auftrag auf sich genommen hat[167]. Um betreibungsfähig zu sein, müssen solche Auslagen belegt und vom Auftraggeber grundsätzlich summenmässig anerkannt sein, ansonsten es an einem Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG fehlen würde. Ob provisionsauslösende Geschäfte zustandegekommen sind und ob der Vertrag im übrigen vom Betreibenden richtig erfüllt worden ist, spielt dagegen mangels einer synallagmatischen Beziehung zwischen Auslagenersatz und Agententätigkeit keine Rolle.

---

166 Vgl. Art. 418h OR.

167 Art. 418n Abs. 1 OR.

§ 10 UNTERHALTS- UND VERSICHERUNGSVERTRAEGE

I. Leibrenten- und Verpfründungsverträge

Leibrenten- oder Rentenverträge einerseits und Verpfründungsverträge andererseits sind selbständige, voneinander gänzlich unabhängige Vertragsarten, die es nicht zu verwechseln gilt. Sie weisen indessen genügend Aehnlichkeiten auf, um in rechtsöffnungsrechtlicher Hinsicht gemeinsam behandelt zu werden. Auf Unterschiede wird anlässlich der Besprechung hinzuweisen sein.

A. Begriff

Durch den Leibrenten- und durch den Verpfründungsvertrag verpflichten sich der Rentenschuldner bzw. der Pfrundgeber zu periodisch wiederkehrenden Leistungen[1] an den Rentner oder Pfründer (bei Rentenverträgen unter Umständen auch an einen Dritten). Typisches Merkmal dieser Vertragsart ist der Umstand, dass die Dauer der Verpflichtung von einem aleatorischen Element abhängig gemacht wird, nämlich von der Lebensdauer des Rentners oder Pfründers (bei Rentenverträgen unter Umständen auch von derjenigen des Rentenschuldners oder eines Dritten)[2].

Leibrentenverträge stellen ein- oder zweiseitige Kontrakte dar, je nachdem, ob eine Gegenleistung des Rentners (z. B. durch Uebergabe eines Vermögens oder einzelner Vermögenswerte) vereinbart worden ist oder nicht. Verpfründungsverträge sind demgegenüber begriffsnotwendig zweiseitig[3, 4]. Die nach-

---

1 Um betreibungsfähige Geldleistungen geht es vor allem bei Rentenverträten. Aus Verpfründungsverträgen wird in erster Linie Wohnraum, Pflege und Unterhalt geschuldet, wobei aber auch hier in begrenztem Umfange Geldleistungen vorkommen können.

2 Vgl. Art. 516 und 521 OR.

3 Art. 521 Abs. 1 OR.

4 Eine geschenkte "Verpfründung" wäre rechtlich nicht als Verpfründungsvertrag, sondern als (einseitige) Schenkung zu qualifizieren (Oser/Schönenberger, Art. 521 N. 7).

folgenden Erörterungen beschränken sich auf entgeltliche – synallagmatische[5] – Leibrenten- und Verpfründungsverträge, da allein diese in rechtsöffnungsrechtlicher Hinsicht gewisse Probleme bieten.

B. Titelqualität

a) Rechtsöffnung für die Hingabe des Renten- oder Verpfründungsvermögens an den Rentenschuldner oder Pfrundgeber

Mit Bezug auf die Uebergabe des Renten- oder Verpfründungsvermögens wird in den meisten Fällen Vorleistungspflicht des Rentners oder Pfründers vereinbart sein; dem Rentenschuldner oder Pfrundgeber wird dadurch die Erfüllung seiner Unterstützungspflichten massgeblich erleichtert. In einem solchen Fall stellt der schriftliche Vertrag eine unbedingte Schuldanerkennung des Rentners oder Pfründers dar, so dass Rechtsöffnung gewährt werden muss, soweit es sich bei den geschuldeten Vermögenswerten um Geldbeträge handelt.

Im andern Fall, der Vorleistungspflicht des Betreibenden, hat dieser im Rechtsöffnungsprozess den Beweis gehöriger Eigenleistung zu erbringen: bei Rentenverträgen durch den Nachweis periodischer Rentenzahlungen an den Rentner über die ganze Dauer des Vertrages hinweg; bei Verpfründungsverträgen durch den Beweis einer ebenso langen Gewährung von Pflege und Unterhalt an den Pfründer.

---

5 Entgeltliche Leibrenten- und Verpfründungsverträge stellen nicht nur unvollkommen zweiseitige Verträge dar, sondern synallagmatische. Die Unterhaltszahlungen des Rentenschuldners oder Pfrundgebers sind (anders als z.B. die Zahlungen des Darlehensnehmers) nicht Rückerstattung des einmal Empfangenen, sondern Erfüllung einer eigenständigen Schuldpflicht. Diese steht mit einer solchen der Gegenseite im Austausch.

b) Rechtsöffnung für periodische Renten- oder Unterhaltszahlungen an den Rentner oder Pfründer

Da dieser Fall als genaues Gegenstück zum eben besprochenen erscheint, hat der betreibende Rentner oder Pfründer im Rechtsöffnungsprozess die Erbringung seiner Eigenleistung (Uebergabe des Renten- oder Verpfründungsvermögens) darzutun, wenn er – was meistens der Fall sein dürfte – vorleistungspflichtig ist.

Besteht ausnahmsweise eine Vorleistungspflicht des Betriebenen, so braucht sich der Richter um die Gegenleistung nicht zu kümmern. Der Vertrag stellt unter diesen Umständen eine unbedingte Schuldanerkennung für die periodischen Geldzahlungen dar, so dass Rechtsöffnung beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ohne weiteres gewährt werden kann.

C. Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Leibrentenverträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form. Dasselbe gilt für Verpfründungsverträge, soweit sie mit staatlich anerkannten Pfrundanstalten zu den staatlich genehmigten Bedingungen abgeschlossen werden[6]. Alle übrigen Verpfründungsverträge sind dagegen nur gültig, wenn sie in derselben Form abgeschlossen werden wie Erbverträge[7]. Die Glaubhaftmachung von Formfehlern muss deshalb zur Abweisung des Rechtsöffnungsbegehrens führen.

Bei Leibrentenverträgen ist die Abtretung von Einzelleistungen (nicht jedoch des Stammrechtes) an Dritte möglich[8]; Verpfründungsverträge können unter gewissen Voraussetzungen einseitig aufgehoben oder gekündigt werden[9]. Die Schuldanerkennung kann darum auch durch Glaubhaftmachung der-

---

6 Art. 517 OR und Art. 522 Abs. 2 OR.

7 Art. 522 Abs. 1 OR. Mitwirkung eines Notars und zweier Zeugen ist erforderlich.

8 Art. 519 Abs. 1 OR.

9 Art. 526 und 527 OR.

artiger Transaktionen entkräftet werden. Macht der auf Grund eines Verpfründungsvertrages Betriebene die einseitige Aufhebung oder Kündigung geltend, so muss er nicht nur das Vorliegen einer ausdrücklichen Auflösungserklärung glaubhaft machen, sondern auch die ihn hiezu berechtigenden Gründe. Hat er Erfolg, so sind sämtliche Forderungen aus dem Vertrag in Frage gestellt und nicht nur die nach der Auflösungserklärung fällig gewordenen. Aufhebung und Kündigung des Vertrages entfalten – trotz irreführender Bezeichnung – Wirkungen ex tunc und nicht ex nunc[10], weil es sich im rechtlichen Sinne um Rücktritt handelt[11].

II. Versicherungsverträge

A. Begriff

Der Gesetzgeber hat es absichtlich unterlassen, den Versicherungsvertrag im VVG zu definieren[12]. Beim Versuch einer Begriffsbestimmung ist darum auf Merkmale abzustellen, die in Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis als wesentlich erachtet werden[13]. Danach lässt sich der Vertrag etwa wie folgt umschreiben: Durch den Versicherungsvertrag verpflichtet sich der Versicherer zu einer Vermögensleistung (meist einer Geldleistung) an den Versicherungsnehmer oder einen Dritten (Versicherter) für den Fall, dass ein befürchtetes Ereignis innert der vereinbarten Versicherungsdauer eintritt. Der Versicherungsnehmer verpflichtet sich demgegenüber zur Zahlung einer Versicherungsprämie.

Wie aus der Begriffsbestimmung hervorgeht, sind grundsätzlich beide Seiten zur Erbringung einer (Geld)Leistung verpflichtet. Die versicherungsspezifisch-aleatorische Ausgestaltung des Vertrages hat jedoch zur Folge, dass beidseitige Zahlungen in Tat und Wahrheit nicht oft vorkommen. In

---

10 Oser/Schönenberger, Art. 526 N. 8 und 527 N. 4.

11 Oser/Schönenberger, Art. 526 N. 2.

12 Roelli/Jaeger, 101 ff.

13 Vgl. allgemein Roelli/Keller I, 11 ff.; Koenig, 30 ff.; vgl. auch BGE 76 I 368 ff.

den meisten Fällen ist es allein der Versicherungsnehmer, der Prämien entrichtet, und diese scheinen ohne ersichtliche Gegenleistung zu sein. In der Rechtswissenschaft ist deshalb seit langem streitig, ob Versicherungsverträge zu den synallagmatischen Kontrakten zu zählen seien oder nicht.

Auf Einzelheiten dieser Kontroverse kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht eingetreten werden[14]. Immerhin sei festgehalten, dass in der neueren Literatur die synallagmatische Struktur der Versicherungsverträge mehrheitlich bejaht wird, und zwar auf Grund zweier verschiedener Analysen: Die einen nehmen neben der bedingten Leistungspflicht des Versicherers zur Schadensdeckung noch eine solche unbedingter Natur zur Tragung der Gefahr an, die mit den Prämienzahlungen im Austauschverhältnis steht[15]. Die andern sehen das Wesen des Synallagma nicht in der Abhängigkeit der beidseitigen Leistungen voneinander, sondern in derjenigen der beidseitigen Leistungsversprechen[16], was die Anerkennung einseitig bedingter und (trotzdem) synallagmatischer Verträge möglich macht[17]. In Uebereinstimmung mit diesen Ansichten – jedoch ohne Festlegung auf eine der genannten Theorien – sind Versicherungsverträge im folgenden als wesentlich zweiseitig zu betrachten[18]. Es gelten daher für sie die üblichen Voraussetzungen der Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Verträge.

B. Rechtsöffnung zu Gunsten des Versicherers (Prämienforderungen)

a) Titelqualität

Mit Bezug auf Prämien ist in der Praxis regelmässig der Versicherungsnehmer vorleistungspflichtig. Versicherungsgesellschaften pflegen nämlich

---

14 Vgl. dazu Koch, 62 ff.; Hungerbühler, 12 ff.; Koenig, 96 ff.; Schmidt-Rimpler, 11 ff.

15 In diesem Sinne etwa die bei Hungerbühler, 14, und Koch, 63 ff., zitierten Autoren, aber auch – andeutungsweise – das Bundesgericht: BGE 76 II 186.

16 Vgl. vorn, S. 37/38.

17 In diesem Sinne Koch, 61; Hungerbühler, 21; Koenig, 98.

18 Auch Roelli/Keller betrachten den Versicherungsvertrag ohne nähere Begründung als synallagmatischen (vgl. S. 17, 308 und 309).

den Beginn des Versicherungsschutzes von der Zahlung der (ersten) Prämie abhängig zu machen (sogenannte Einlösungsklausel). Ist die Vertragsdauer in Versicherungsperioden unterteilt, so wird zumeist festgelegt, dass die Prämien zu Beginn dieser Zeitabschnitte bezahlt werden müssten[19]. Bei dieser Sachlage ist der Beweis gehöriger Eigenleistung im Rechtsöffnungsprozess nicht notwendig[20, 21].

b) Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Können in der Betreibung für Prämien Einreden gegen das Rechtsöffnungsgesuch auch kaum je auf fehlende Titelqualität gestützt werden, so ergibt sich doch eine Fülle von Einredemöglichkeiten aus der speziellen Regelung des VVG. Die wichtigsten seien im folgenden kurz erörtert:

1. Betreibt der Versicherer auf Grund eines schriftlichen Versicherunsantrages, so hat er im Rechtsöffnungsprozess zu beweisen, dass er den Antrag innert der in Art. 1 VVG vorgesehenen Frist tatsächlich angenommen hat. Andernfalls fehlt ein gültiger Vertrag[22]. Ein Urkundenbeweis ist nicht unbedingt notwendig. Es genügt, wenn das Akzept aus den Umständen abgeleitet werden kann, z. B. aus der Annahme von Prämienzahlungen oder aus der Zustellung einer Versicherungspolice[23].

2. Trotz Vorlegung eines formgerechten Versicherungsvertrages muss Rechtsöffnung verweigert werden, wenn der Versicherungsnehmer glaubhaft macht, dass die Prämien nicht in gesetzmässiger Weise eingefordert worden sind. Zwei Fälle gilt es in diesem Zusammenhang zu unterscheiden:

---

19 Vgl. Art. 19 VVG.

20 Vgl. vorn, S. 61 f.

21 Selbst wenn (ausnahmsweise) die Prämien auf das Ende der Versicherungsdauer oder auf das Ende der jeweiligen Versicherungsperioden geschuldet wären, müsste wohl auf einen gegenständlichen Beweis der Eigenleistung verzichtet werden. Der Natur der Sache nach ist kaum vorstellbar, wie ein Versicherer einen derartigen Beweis der Risikoübernahme erbringen könnte, solange der Versicherungsfall nicht eingetreten ist.

22 Panchaud/Caprez, § 95, 114 ff.; Maximen 1950, 668; Roelli/Keller, 51.

23 Vgl. Panchaud/Caprez, § 95, 115ff., Nrn. 6-10, 14, 17, 32, 34, 36, 38.

a) Wird die Versicherungsprämie am Fälligkeitstag nicht entrichtet, so kann der Versicherer innerhalb der Verjährungsfrist vorläufig auf Mahnung oder Betreibung verzichten, ohne dadurch einen Rechtsverlust zu riskieren. Eine Pflicht zur Mahnung oder zur Einforderung seiner Guthaben trifft ihn ebensowenig wie einen Verkäufer oder Vermieter. Allerdings bleibt der Versicherer unter diesen Umständen trotz fehlender Gegenleistung zur Gewährung des Versicherungsschutzes verpflichtet. Entschliesst er sich in einem späteren Zeitpunkt zur Betreibung, so kann der Versicherungsnehmer im Rechtsöffnungsprozess die Forderung weder durch Hinweis auf eine fehlende Mahnung noch dadurch entkräften, dass er Verwirkung im Sinne von Art. 21 VVG geltend macht[24].

b) Anders liegen die Verhältnisse, wenn der Versicherer das in Art. 20 VVG vorgesehene Verzugsverfahren eingeschlagen und dem Versicherungsnehmer unter Einräumung einer vierzehntätigen Zahlungsfrist Suspendierung der Versicherungsleistung angedroht hat. In diesem Fall ist er verpflichtet, die rückständigen Prämien binnen zweier Monate nach Einstellung des Versicherungsschutzes durch Klage oder Betreibung rechtlich geltend zu machen. Verpasst er diese Frist, so gilt der Versicherungsvertrag kraft einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung in Art. 21 VVG als aufgehoben, und es wird Verzicht des Versicherers auf die rückständigen Prämien angenommen. Rechtsöffnung muss daher verweigert werden, wenn es dem Betriebenen gelingt, eine qualifizierte Mahnung des Versicherers und die verspätete Einleitung der Betreibung glaubhaft zu machen[25].

3. Bestreitet der Betriebene seine Prämienzahlungspflicht mit dem Hinweis auf eine Kündigung infolge Teilschadens[26], so hat er im Rechtsöffnungsprozess die rechtzeitige Auflösung des Vertrages glaubhaft zu machen, d.h. Rücktritt spätestens bei Auszahlung der Entschädigung. Die Gerichtspraxis hinsichtlich der Rechtzeitigkeit des Rücktrittes[27] ist streng: Hat ein Vertre-

---

24 Vgl. Maximen 1950, 670 f.; vgl. auch Koenig, 125 ff.

25 BlSchK 39 (1975) 15; Maximen 1950, 670 f.; SJZ 23 (1926/27) 376.

26 Art. 42 Abs. 1 VVG.

27 Vgl. SJZ 43 (1947) 241; SJZ 42 (1946) 259; Roelli/Keller, 614; Panchaud/Caprez, § 98, 133, Nrn. 27 ff.

ter des Versicherers die Auszahlung vorgenommen, so muss die Rücktrittserklärung spätestens bei Uebergabe des Geldbetrages abgegeben worden sein. Ein Stunden oder gar Tage danach abgefasstes Kündigungsschreiben ist unwirksam. Wird die Zahlung nicht persönlich, sondern per Post oder Bote ausgeliefert, so ist die Praxis etwas flexibler, die Rücktrittserklärung muss aber gleichwohl innerhalb weniger Stunden nach Empfang der Versicherungsleistung ausgesprochen worden sein[28]. Berufung auf eine verspätet erfolgte Kündigung vermag die im Versicherungsvertrag enthaltene Schuldanerkennung nicht zu entkräften, eine Tatsache, die erfahrungsgemäss von vielen Versicherungsnehmern gerne übersehen wird.

4. Spezielle Einreden gegen die Rechtsöffnung können sich im Zusammenhang mit der Veräusserung des Versicherungsobjektes ergeben. Der folgenden Betrachtung liegt die gesetzliche Regelung des Art. 54 VVG zugrunde, welche bei Uebereignung des versicherten Gegenstandes die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag gesamthaft vom Veräusserer auf den Erwerber übergehen lässt, soweit nicht ein im Artikel genannter Ausnahmefall vorliegt. Im Rechtsöffnungsprozess gilt folgendes:

a) Für Prämien, die im Zeitpunkt der Handänderung nicht fällig gewesen sind, haftet nach der Eigentumsübertragung ausschliesslich der Erwerber. Insoweit verliert der Vertrag gegenüber dem Veräusserer den Charakter einer Schuldanerkennung. Auf der andern Seite ist jedoch seit langem anerkannt, dass von diesem Zeitpunkt an Rechtsöffnung gegenüber dem Erwerber verlangt werden kann, selbst wenn dieser – formell gesehen – den Versicherungsvertrag nicht unterschrieben hat. Der Erwerber muss sich bei der Rechtsnachfolge ex lege die betreibungsrechtliche Stellung seines Rechtsvorgängers gefallen lassen[29]. Bestreitet der Erwerber den gesetzlichen Schuldübergang, so hat er im Rechtsöffnungsprozess eine fristgerechte und schriftliche Ablehnungserklärung im Sinne von Art. 54 Abs. 4 VVG glaubhaft zu machen.

---

28 Empfang der Entschädigung abends 1700 Uhr und Rücktritt am nächsten Vormittag um 1000 Uhr ist in SJZ 42 (1946) 259 als rechtzeitig betrachtet worden.

29 BlSchK 2 (1938) 116; SJZ 33 (1936/37) 233; 35 (1938/39) 122 und 232; 37 (1940/41) 331; Panchaud/Caprez, § 97, 124-31; Roelli/Keller, 51.

b) Für Prämien, die im Zeitpunkt der Handänderung bereits fällig gewesen sind, haften nach Art. 54 Abs. 2 VVG der Erwerber und der bisherige Eigentümer gemeinsam. Insoweit muss der Versicherungsvertrag beiden gegenüber als Schuldanerkennung betrachtet werden. Immerhin kann der Erwerber – wie oben erwähnt – durch Glaubhaftmachung einer Ablehnungserklärung den Schuldübergang bestreiten. Darüber hinaus können sich beide Schuldner auf Zahlungen durch den andern berufen, denn trotz Anspruchskonkurrenz steht dem Versicherer die Prämienzahlung natürlich nur einmal zu.

C. Rechtsöffnung zu Gunsten des Versicherungsnehmers (Auszahlung der Versicherungssumme)

Schadensversicherungen fallen als Rechtsöffnungstitel für die Versicherungsleistung ausser Betracht. Die Höhe der allfälligen Ersatzpflicht des Versicherers ist bei Abschluss solcher Versicherungsverträge regelmässig nicht bekannt, weshalb es an einer ziffernmässig bestimmten Schuld fehlt.

Anders verhält es sich bei Personenversicherungen. Diese stellen Summenversicherungen dar, und die Höhe der Versicherungsleistung wird bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses genau festgelegt. Die Unterschrift des Versicherers deckt daher auch die Höhe der Schuld ab. Zu einem Rechtsöffnungstitel kann ein solcher Vertrag (oder auch lediglich die unterschriebene Police)[30] erst werden, wenn der Betreibende den Eintritt der aleatorischen Bedingung (des Versicherungsfalles) nachzuweisen vermag, wie auch die übrigen Voraussetzungen für die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Verträge (Titelqualität)[31]. Dem Betriebenen stehen sodann aus Versicherungsvertragsrecht gewisse spezielle Einreden zu, mit denen die

30 Vgl. SJZ 40 (1944) 174.

31 Die Möglichkeit, den Versicherer auf Grund der Police zu betreiben wird von Koenig, S. 79, generell (aber nicht stichhaltig) abgelehnt. Sind die Voraussetzungen erstellt, so muss Betreibung und Rechtsöffnung auch gegenüber diesem möglich sein. (Vgl. Panchaud/Caprez, § 95a, 119; SJZ 40 (1944) 172).

Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG nachträglich entkräftet werden kann. Die einzelnen Problemkreise seien nachfolgend kurz erörtert.

a) Nachweis des Versicherungsfalles

Relativ einfach gestaltet sich der Nachweis, wenn als Rechtsöffnungstitel eine Lebensversicherungspolice eingereicht wird. Ist die Versicherung auf den Tod der versicherten Person abgeschlossen (Todesfallversicherung), so genügt die Vorlegung eines amtlichen Todesscheines[32] oder einer Verschollenenerklärung im Sinne von Art. 35 ff. ZGB. Ist die Versicherung vom Erreichen einer bestimmten Altersgrenze abhängig gemacht (Erlebensfall- oder Rentenversicherung), so kann das richtige Alter anhand einer Geburtsurkunde oder eines andern amtlichen Ausweises[33] nachgewiesen werden.

Schwieriger ist der Beweis des Versicherungsfalles, wenn Rechtsöffnung auf Grund einer Unfall- oder Krankenversicherung verlangt wird[34]. In diesen Fällen muss neben der eigentlichen Körperschädigung (die anhand eines ärztlichen Zeugnisses noch relativ leicht beweisbar wäre) auch dargetan sein, dass das Uebel auf Unfall respektive Krankheit[35] zurückzuführen ist – ein Beweis, der im Bestreitungsfalle den Rahmen eines summarischen Prozesses leicht sprengen kann.

b) Titelqualität

Da der Versicherungsnehmer vorleistungspflichtig ist, hat er im Rechtsöffnungsprozess die Erbringung seiner eigenen Leistung darzutun. Betreibt

---

32 SJZ 40 (1944) 172.

33 Jaeger, Art. 82 N. 4.

34 Z. B. für die Invaliditätssumme oder für ein mengenmässig genau fixiertes Taggeld.

35 Zum Unfall- respektive Krankheitsbegriff, vgl. Koenig, S. 450 und 477.

der anspruchsberechtigte Dritte, so obliegt ihm die diesbezügliche Beweispflicht. Als Beweismittel kommen Quittungen oder Bankbelege für Prämienzahlungen in Frage, aber auch Belege, aus denen sich eine allfällige Hinterlegung zugunsten des Versicherers ergibt. Darüber hinaus dürfte auch die Einforderung der Versicherungssumme abzüglich geschuldeter Prämien[36] als Vorleistungsbeweis genügen; auch in diesem Fall ist für Erhalt der Gegenleistung gesorgt.

c) Einreden i.S. von Art. 82 Abs. 2 SchKG

Ein Versicherungsvertrag ist nach Art. 9 VVG nichtig, wenn das befürchtete Ereignis im Zeitpunkt des Abschlusses bereits eingetreten ist. Neben diesem allgemeinen Nichtigkeitsgrund zählt das VVG noch eine Reihe von Fällen auf, in denen der Versicherer nicht mehr leisten muss oder einseitig vom Vertrag zurücktreten kann. Zu ihnen gehören unter anderem folgende Pflichtverletzungen und Unterlassungen des Versicherungsnehmers oder des anspruchsberechtigten Dritten: Verletzung von Anzeigepflichten im Zusammenhang mit dem Versicherungsantrag (Art. 6 VVG); schuldhaftes Herbeiführen des befürchteten Ereignisses (Art. 14 VVG); bewusste Gefahrenerhöhung (Art. 28 VVG); Unterlassung von Meldungen bei erhöhter Gefahr (Art. 30 VVG); Verletzung von Anzeigepflichten nach Eintritt des befürchteten Ereignisses (Art. 38 VVG); Erschwerung von Ermittlungsarbeiten (Art. 39 VVG) und betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches (Art. 40 VVG).

Werden derartige Sachumstände im Rechtsöffnungsprozess glaubhaft gemacht, so ist die im Versicherungsvertrag enthaltene Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 2 SchKG entkräftet. Das gleiche gilt, wenn es dem Be-

---

36 Um Verrechnung im technischen Sinne kann es sich hierbei nur handeln, wenn der Versicherungsnehmer den Abzug vornimmt. Zwischen dem begünstigten Dritten und dem Versicherer bestehen keine gegenseitigen, verrechenbaren Forderungen. Das in Art. 18 Abs. 3 VVG stipulierte Verrechnungsrecht steht allein dem Versicherer zu.

triebenen gelingt, Suspension des Vertrages gemäss Art. 20 VVG glaubhaft zu machen, wozu eine entsprechende Mahnung an die Adresse des Versicherungsnehmers gehört.

§ 11 KONVENTIONALSTRAFEN

I. Begriff

Unter einer Konventionalstrafe (Vertragsstrafe) wird die Abrede verstanden, wonach der aus einem Vertrag Verpflichtete dem Berechtigten für den Fall der Nichterfüllung oder nicht richtigen Erfüllung seiner Obligation die Erbringung einer bestimmten Leistung (regelmässig einer Geldleistung) verspricht[1]. Dabei unterscheidet Art. 160 OR drei verschiedene Arten von Konventionalstrafen: alternative, bei denen der Gläubiger bei Verfall – nach seiner Wahl – entweder Erfüllung oder die Strafe fordern kann (Absatz 1), exklusive, bei denen er nur die Strafe fordern kann (Absatz 3) und kumulative, bei denen sein Anspruch gleichzeitig auf Erfüllung und Strafe geht (Absatz 2). Vermutungsweise sind Konventionalstrafen für den Fall der Nichterfüllung oder nicht richtigen Erfüllung alternativ, solche für die Nichteinhaltung von Erfüllungszeit oder Erfüllungsort dagegen kumulativ geschuldet.

In einer Konventionalstrafe kann nie ein selbständiger, zweiseitiger Vertrag erblickt werden, und zwar auch dann nicht, wenn die Vereinbarung in einem separaten Schriftstück festgehalten ist. Die Strafe dient allein der Verstärkung und Erweiterung der Rechtsfolgen einer Hauptverpflichtung; sie ist ein bedingtes Schuldversprechen und ein akzessorisches Nebenrecht der Obligation (wie z. B. Bürgschaft oder Pfand)[2]. Gleichwohl sollen die Rechtsöffnungsprobleme im Zusammenhang mit Konventionalstrafen hier kurz behandelt werden, da Konventionalstrafenvereinbarungen oft im Rahmen von synallagmatischen Verträgen getroffen werden und auch im Alltag der Rechtsöffnungsrichter eine gewisse Rolle spielen.

---

1 Guhl/Merz/Kummer, 486; von Tuhr/Escher, 277.

2 Becker, Art. 160 N. 8; von Tuhr/Escher, 278.

II. Verträge mit Konventionalstrafenklauseln als Titel für die Rechtsöffnung

A. Voraussetzungen der Rechtsöffnung

Die Konventionalstrafe stellt eine bedingte Schuldanerkennung dar. Sie ist, je nach Vereinbarung, nur dann geschuldet, wenn die Hauptleistung am Fälligkeitstag nicht oder nicht gehörig erbracht wird. Nach allgemeiner Regel obliegt es deshalb dem Betreibenden, den Eintritt dieser Bedingung und damit die Wirksamkeit der Schuldanerkennung nachzuweisen[3]. Diesen Standpunkt hat denn auch bis heute die Praxis stets eingenommen[4].

Bei genauerer Prüfung drängt sich indessen eine – mit Bezug auf die Beweislastverteilung – differenziertere Betrachtungsweise auf. Zwei Fälle gilt es dabei grundsätzlich zu unterscheiden:

1. Wurde die Konventionalstrafe ausschliesslich für den Fall der fehlerhaften Erfüllung oder für den Fall der Verletzung von Unterlassungspflichten versprochen, so vermag die oben erwähnte Beweislastverteilung zu befriedigen. Unter diesen Umständen hat es der Konventionalstrafengläubiger in der Hand, die behaupteten Mängel und Pflichtverletzungen im Rechtsöffnungsprozess mit den verfügbaren Beweismitteln zu belegen, zumal ein Urkundenbeweis nicht verlangt werden kann[5]. Bewiesen werden muss allein die Fehlerhaftigkeit der Leistung im Zeitpunkt der Fälligkeit und nicht noch zusätzlich die Inverzugsetzung durch Mahnung oder die Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 107 ff. OR. Die beiden letztgenannten Handlungen sind für den Verfall einer Konventionalstrafe nicht entscheidend[6, 7].

---

3 Bei alternativen Konventionalstrafen muss im Bestreitungsfalle noch zusätzlich die Ausübung des Wahlrechtes in Richtung auf die Konventionalstrafe bewiesen werden (Hess, S. 82).

4 Vgl. ZBJV 76 (1940) 250; BlSchK 4 (1940) 106; Panchaud/Caprez, § 85, 108, Nr. 4.

5 ZBJV 76 (1940) 250; BlSchK (1940) 106.

6 Von Tuhr/Escher, 280; Oser/Schönenberger, Art. 160-163 N. 20; ZR 30 (1931) 170.

7 Gegenteilige Ansicht in ZR 27 (1928) 58.

2. Wurde die Konventionalstrafe dagegen für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen Erfüllung versprochen, so ist die eingangs erwähnte Beweislastverteilung unbefriedigend. Sie hat zur Folge, dass dem Konventionalstrafengläubiger ein negativer Beweis zugemutet wird, der praktisch kaum einwandfrei wird erbracht werden können (negativa non sunt probanda). In Anlehnung an die Beweislastverteilung im ordentlichen Prozess[8] und in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsatz, wonach Erfüllung stets vom Schuldner zu beweisen ist[9], sollte deshalb eine Umkehr der Beweislast vorgenommen werden. Rechtsöffnung wäre dann in den obgenannten Betreibungen stets zu gewähren, wenn es dem Betriebenen nicht gelingt, die Erfüllung bzw. die rechtzeitige Erfüllung seiner Hauptverpflichtung oder eine der nachfolgend zu behandelnden Einreden glaubhaft zu machen.

B. Spezielle Abwehrmöglichkeiten

Die Akzessorietät der Konventionalstrafe hat zur Folge, dass die Vereinbarung nur Bestand haben kann, wenn und solange die Hauptobligation in Kraft steht. Rechtsöffnung muss daher, über die in Art. 163 Abs. 2 OR genannten Fälle hinaus, stets verweigert werden, wenn es dem Betriebenen gelingt, die Ungültigkeit[10] oder den Untergang[11] der Hauptschuld vor Verfall der Strafe[12] glaubhaft zu machen.

Eine ganz besondere Einrede ergibt sich aus Art. 163 Abs. 3 OR. Gemäss dieser Bestimmung kann der Richter eine Konventionalstrafe herabsetzen, wenn sie übermässig hoch erscheint. Die eigentliche Herabsetzung ist Sache

---

8 Vgl. von Tuhr/Escher, 281.

9 Becker, Vorbem. zu Art. 68/69 N. 15; Kummer, Art. 8 N. 298; von Tuhr/Escher, 32 ff.

10 Z. B. infolge von Formfehlern, Willensmängeln, etc.

11 ZB. infolge Erlass, Novation, Rücktritt nach Art. 107 ff. etc.

12 Dagegen bleibt eine bereits verfallene Konventionalstrafe in Kraft, sollte später die Hauptverpflichtung erlöschen (von Tuhr/Escher, S. 278/279).

der ordentlichen Gerichte, doch darf der Rechtsöffnungsrichter in vorläufiger Weise prüfen, ob eine Herabsetzung als wahrscheinlich betrachtet werden muss. Bejaht er diese Frage, so hat er die Fortsetzung der Betreibung zu verweigern[13]. Indes ist Zurückhaltung geboten. Der Rechtsöffnungsrichter muss darauf Rücksicht nehmen, dass die ordentlichen Gerichte eine Herabsetzung nur zulassen, wenn der vertraglich vorgesehene Betrag so hoch ist, dass er das vernünftige, mit Recht und Billigkeit zu vereinbarende Mass ganz offensichtlich übersteigt[14]. Vorausgesetzt ist ein Betrag, der zu den Interessen des Gläubigers in ausgeprägtem Widerspruch steht oder der die wirtschaftliche Lage des Schuldners in unbilliger Weise erschwert. Die herabzusetzende Strafe muss einer wucherischen Ausbeutung des Schuldners gleichkommen[15].

Gelingt es dem Betriebenen – trotz dieser hohen Anforderungen – Herabsetzungsgründe glaubhaft zu machen, so ist weiter zu beachten, dass Rechtsöffnung nicht einfach vollumfänglich verweigert werden darf. Im Rahmen des Angemessenen, das durch die Gerichtspraxis oder durch die Umstände bestimmt sein kann, kommt eine Herabsetzung nicht in Frage, sodass insoweit die Konventionalstrafe als gültige Schuldanerkennung betrachtet werden muss. Nur wenn zweifelhaft erscheint, wie hoch der angemessene Betrag zu veranschlagen ist, darf Rechtsöffnung gänzlich verweigert werden.

---

13 Vgl. Hess, 83; Panchaud/Caprez, § 85, 109, Nr. 10, vgl. jedoch gegenteilige Ansicht in Nr. 8.

14 BGE 95 II 540; 91 II 383; 82 II 146 u.a.

15 Becker, Art. 163 N. 8.

Lebenslauf

Geboren am 7. Februar 1946

1953-1962	Primar- und Sekundarschule in Kilchberg ZH
1962-1966	Kantonsschule Zürich
1966	Handelsmatura
1967-1972	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich
1972	Lizentiat
1973-1975	Auditor und Substitut am Bezirksgericht Uster
1975	Anwaltsexamen
1976-1977	Post-graduate Studium an der Northwestern University, Chicago, Illinois
1977	Master of Laws LL. M.
seit 1978	Mitarbeiter in einem zürcherischen Advokaturbüro
Nov. 1978	Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaften